

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**NÍVEL MESTRADO**

**A (IN)EFICÁCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA**  
**EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Mestrando Edson Luís Kossmann

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Têmis Limberger

São Leopoldo

2010

**EDSON LUÍS KOSSMANN**

**A (IN)EFICÁCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Dra. Têmis Limberger

São Leopoldo

2010

K86i Kossmann, Edson Luís  
A (in)eficácia da constitucionalização do princípio da eficiência na  
administração pública / por Edson Luís Kossmann. -- São Leopoldo, 2010.

140 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2010.

“Orientação: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Têmis Limberger, Ciências Jurídicas”.

1.Administração pública. 2. Administração pública – Eficiência (Direito).  
3.Estado democrático de direito. 4.Controle da constitucionalidade. –  
Administração pública 5.Direitos fundamentais. I.Limberger, Têmis.  
II.Título.

CDU 35.07

342.4: 35.07

Catálogo na publicação:  
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

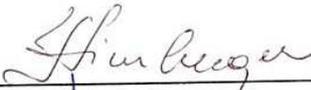
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A (in)eficácia da constitucionalização do princípio da eficiência – uma abordagem em relação ao direito à saúde**”, elaborada pelo mestrando **Edson Luís Kossmann**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de outubro de 2010.

Prof. Dr. André Luis Callegari  
Coordenador Executivo  
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger   
Membro: Dr. Gilmar Antônio Bedin   
Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha 

*Para Josi, pelo companheirismo, amor e apoio incondicional de todas as horas.*

*Para Victória, fonte de minha inspiração, alegria e orgulho. E para Icaro e Luana que também tem as suas 'presenças' no resultado desse trabalho.*

### **Agradecimentos**

Este trabalho só aconteceu porque teve a participação e o apoio de algumas pessoas às quais sinceramente agradeço.

À Profa. Dra. Têmis Limberger pela sua orientação sempre segura e fraterna, que com dedicação, paciência e sabedoria soube me auxiliar a contornar e superar as dificuldades contingenciais.

Aos professores Alfredo Culleton, Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Antonio Nedel, Deisy de Freitas Lima Ventura, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, José Carlos Moreira da Silva Filho, Sandra Regina Martini Vial, Vicente de Paulo Barreto, Wilson Engelmann, que sempre acreditaram e apoiaram, com carinho e dedicação o potencial de seus alunos, entre os quais tive a honra de estar incluído.

Aos colegas do PPG-Direito da Unisinos: Altemar Constante Pereira Júnior, Alexandre Jaenisch Martini, Bárbara Raquel Azeredo da Silva, Carla Rosito Schäffer, Cristina Ternes, Dailor dos Santos, Denis Rodrigues Einloft, Daiane Moura de Aguiar, Fausto Santos de Moraes, Felipe José Kayser Furlan, Felipe Loges, Fernanda Giardini Pogorelsky, Gabriel Diniz da Costa, Graciele Mafalda dos Santos, Guilherme Azevedo, Gustavo Cristovão de Oliveira Batista, Hector Cury Soares, Juliano Puchalski Teixeira, Maiquel Angelo Dezordi Wermuth, Mauricio Zanotelli, Mousés Stumpf, Mousas Stumpf, Noeli Fernandes, Patrícia Maino, Paulo Ferrareze Filho, Paulo Roberto Ramos Alves e Virginia Icle, pelas discussões, companhia, solidariedade, confiança e amizade.

Ao apoio institucional do PPG-Direito da UNISINOS, representado nas pessoas dos Professores Dr. José Luiz Bolzan de Moraes e Dr. André Luís Callegari, além do suporte competente, que com dedicação e carinho sempre foi dispensado pelas secretárias Vera e Heloisa.

À Cissa pelo constante apoio e pelos nossos diálogos jusfilosóficos em torno dos assuntos tratados. À Carla Dall’Agnol e à Inaê, pelo apoio nas traduções feitas.

Aos demais colegas amigos de trabalho: Andréa, Carla Antunes, Carlos, Dalva, Fernanda, Imara, Jeanine, Joice, Jussandra, Leonardo, Liége, Maritânia, Oldemar, Roberta, Rosana, Suzana e Tais que, cada um a sua forma, colaboraram para que esse projeto se tornasse realidade.

Aos meus pais Eugenio e Elma (em memória), pelo amor, educação e suporte possível.

Ao *grupo* de Condor, nascedouro da consciência e inspiração para a luta diária por dias melhores e menos desiguais.

E a todos os (demais) amigos, sem os quais o mundo seria um lugar muito triste.

“Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma o seu domínio e aos quais reivindica fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania”. (Dworkin, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade)

## **RESUMO**

O presente trabalho, apresentado como dissertação de Mestrado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, analisa a (in)eficácia da constitucionalização do Princípio da Eficiência que foi inclusa no texto constitucional brasileiro, com a Emenda Constitucional nº 19/2000. O Princípio da Eficiência e mais precisamente o conceito de eficiência precisa ser corretamente compreendido no (con)texto em que está colocado, ou seja, não se trata de eficiência vista na ótica da iniciativa privada, pelo contrário, deve ser vista frente ao Estado, e mais, a um Estado Democrático de Direito,

constitucionalmente comprometido com as promessas, até hoje não cumpridas, de um Estado Social. Assim, o Princípio da Eficiência precisa ser entendido no contexto do Estado Brasileiro, que constitucionalizou o seu compromisso com o resgate de uma histórica dívida social, por meio de ações concretas orientadas e dirigidas para a satisfação dos direitos fundamentais, indispensáveis para a conquista da dignidade da pessoa humana de forma universal. Também é preciso que se compreendam as motivações reais e simbólicas que levaram à constitucionalização desse Princípio, tanto na ótica do uso (ou de seu combate) patrimonialista do Estado, quanto na ótica da proposta de um Estado cada vez mais desregulamentado procedimentalmente. Para isso, deve ser considerado que o Princípio da Eficiência já se encontrava expressamente no texto constitucional em várias oportunidades, bem como a sua presença deve estar e está sempre presente no conjunto de princípios explícitos ou implícitos que devem orientar e informar as ações do Estado, na sua Administração Pública, principalmente depois do advento do Estado Democrático de Direito, que tem na soberania popular a sua fonte maior de legitimação. Por fim, analisa-se se houve efetivo avanço com a constitucionalização desse Princípio específico no contexto da Administração Pública brasileira e o que significa um Estado eficiente frente às demandas a ele impostas pelo pacto constitucional democraticamente construído, especialmente as demandas voltadas à concretização e à garantia dos direitos sociais, como o direito à saúde, por exemplo, de forma universal.

**Palavras-chave:** Princípio da Eficiência – Administração Pública – Constituição – Estado Democrático de Direito – Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

This work was presented as a Master's dissertation to the University of Vale do Rio dos Sinos Graduate Program in Law. The paper analyzes the effectiveness (ineffectiveness) of the constitutionalization of Efficiency Principle which was included in the Brazilian Constitution with the Constitutional Amendment N° 19/2000. The Principle of Efficiency, and more specifically the concept of efficiency needs to be properly understood in the text (context) in which it is placed, therefore, it is not the efficiency from the viewpoint of private

enterprise, but the efficiency in the state - in a democratic state of Law - constitutionally committed to the promises so far unfulfilled, of a Social State. Thus the principle of efficiency needs to be understood in the context of the Brazilian State, which constitutionalised its commitment to the rescue of a historic social debt through targeted and concrete actions aimed at the satisfaction of fundamental rights, indispensable for the achievement of the dignity of human beings. Likewise it is necessary to understand the real and symbolic motivations that led to the constitutionalization of this Principle, from the viewpoint of the use (or combat use) patrimonial state as well as the perspective of the proposal for a state increasingly deregulated procedurally. Therefore, it shall be considered that the principle of efficiency was already expressed within the constitutional text on several occasions and their presence should always be present – and it is - in the set of explicit or implicit principles that should guide and inform the actions of the State, through its public service, especially after the advent of democratic State of law, whose main source of legitimacy is the popular sovereignty. Finally, we intend to examine whether there was actual progress with the constitutionalization of that principle in the specific context of the Brazilian government and which is the meaning of a efficient State in relation to the demands imposed on him by the constitutional text democratically constructed, especially the demands facing the implementation and guarantee of social rights universally.

Keywords: Principle of Efficiency – Public Administration – Constitution – Democratic State of Law – Fundamental Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. PERSPECTIVAS DE DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE DO ESTADO</b> .....	<b>17</b>
1.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO E FINALIDADE DO ESTADO .....	17
<b>1.1.1 Breve evolução histórica do Estado</b> .....	<b>21</b>
<b>1.1.2 O Estado Brasileiro e o seu pecado original – O Patrimonialismo</b> .....	<b>26</b>
1.1.2.1 As origens históricas e culturais do Estado Brasileiro .....	27
1.1.2.2 A formação da cultura e do Estado Brasileiro .....	31

1.1.2.3 O patrimonialismo no Estado Brasileiro .....	35
1.2 DIREITO, DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE .....	45
<b>1.2.1 Princípios Jurídicos .....</b>	<b>45</b>
<b>1.2.3 Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>50</b>
1.2.3.1 Democracia .....	51
1.2.3.2 Estado de Direito .....	54
1.2.3.3 Estado Social .....	58
1.2.3.4 Estado Democrático de Direito .....	61
<b>1.2.4 Princípio da Eficiência .....</b>	<b>65</b>
1.2.4.1 Um Estado Eficiente .....	67
1.2.4.2 A Positivação (constitucionalização) do Princípio da Eficiência .....	70
1.2.4.3 Conceito e Compreensão do Princípio da Eficiência .....	71
1.2.4.4 O Princípio da Eficiência e o “direito à boa administração” .....	76
<b>2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO (CON)TEXTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA .....</b>	<b>80</b>
2.1 O DIREITO À SAÚDE E A (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO .....	80
<b>2.1.1 Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira e a dificuldade de sua efetivação .....</b>	<b>82</b>
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO MAIS UM MITO DA CULTURA POSITIVISTA .....	96
<b>2.2.1 A formação da cultura e das instituições e a produção de mitos .....</b>	<b>96</b>
2.2.1.1 A produção do mito como estratégia de acomodação social .....	99
<b>2.2.3 A Constitucionalização do Princípio da Eficiência como resposta à necessidade cultural da tradição jurídica dominante .....</b>	<b>102</b>
<b>2.2.4 Formação humana como exigência para uma atuação eficiente do Estado .....</b>	<b>104</b>
2.3 A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....	106
<b>2.3.1 Visão Neoliberal: Eficiência, resultados e desburocratização .....</b>	<b>107</b>
<b>2.3.2 Resultados legítimos e eficientes .....</b>	<b>112</b>
2.3.2.1 Sistema Gerencial de Administração Pública .....	112
2.3.2.2 A Busca por Resultados .....	116
<b>2.3.3 Eficiência social e legitimidade do Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>118</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>125</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>134</b>



## 1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar o que se define como a (in)eficácia da constitucionalização do Princípio da Eficiência, considerando a inclusão expressa desse Princípio no texto constitucional brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 19/2000. Essa nova posituação constitucional teve como escopo tornar o Estado Brasileiro, ou seja, a Administração Pública Brasileira, mais eficiente. Porém, quando se abordam questões relativas ao Estado, precisamos preliminarmente entender e compreender o próprio Estado; suas origens, sua formação, suas funções históricas e atuais.

Assim, desenvolveu-se uma abordagem que inicialmente verifica que o Estado é uma instituição muito antiga. Alguns datam a sua gênese a cerca de 10 mil anos, quando surgiram as primeiras sociedades rurais com certa organização em torno de uma representação de poder, ou um Estado organizado com certo aparato burocrático.

Até chegarmos ao Estado que identificamos como Estado Moderno, vários foram os passos evolutivos, assim, como também são as diversas teorias que pretendem explicar as motivações de seu surgimento e gradual transformação. Dessa forma, verifica-se que o Estado, desde o seu surgimento até os dias atuais, não tem sido algo estanque, dado e acabado. O Estado tem passado por várias transformações, sendo um contínuo e lento processo histórico e evolutivo, tendo durante todo esse tempo, as mais diversas configurações, formas de “conquista” formação e organização objetivos de existência formas de exercícios de poder e relações com os “súditos” e cidadãos, etc.

Já em relação aos regimes e formas adotados para o exercício do poder, verifica-se que ocorreram desde as manifestações do despotismo – com práticas tirânicas, arbitrárias e absolutas do déspota, do poder conquistado na base da força e da violência física – passando pelos impérios, reinos, monarquias, repúblicas, oligarquias, aristocracias, democracias (dos antigos),<sup>1</sup> chegando, nos dias atuais, com tipologias distintas, porém, consolidando-se na maior parte do mundo, a chamada democracia moderna, que se caracteriza essencialmente pela liberdade formal de opção de preferências políticas, assegurando disputas eleitorais pretensamente igualitárias que objetivam, dessa forma, configurar legitimidade ao Estado e a quem o governa.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Editora Escala. p. 165 et seq.

Em linhas gerais pode ser dito que em substituição ao absolutismo surgiu o Moderno Estado Liberal – com diversas variações: Estado Social (Estado do Bem Estar Social), Estado de Direito e Estado Democrático de Direito – esse historicamente se identifica com a consolidação dos ideais liberais dos burgueses, que se operaram após as revoluções ocorridas no século XVIII. Esse Estado tem entre as suas principais características, ser um Estado de Direito, ou seja, possuir um regramento jurídico estatal, positivado que lhe submete e lhe da conformação em todos os sentidos, sendo permitido ao Estado atuar apenas fundado em preceitos de Direito; e a divisão do poder do Estado em três poderes distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Mais recentemente o Estado tem evoluído para o que se convencionou denominar de Estado Democrático de Direito, introduzindo de forma insuperável a necessidade de legitimação do Estado, e essa, somente pode ser compreendida num contexto democrático. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito pressupõe o Estado submisso ao Direito, mas não de qualquer Direito, e sim, de um Direito produzido de forma democrática e legítima pelo Estado, como representação da vontade da sociedade, ou seja, dos cidadãos desse Estado. Assim, verifica-se que a legitimidade do Estado está diretamente relacionada à soberania popular, ou seja, o Estado somente é legítimo se respeitar a vontade coletiva de seus cidadãos. Essa vontade pode ser manifestada de forma direta ou por representação.

É nesse contexto que se introduz a análise do Estado Brasileiro e a positivação constitucional do Princípio da Eficiência, seus efeitos e conseqüências. Porém, também é necessário uma prévia compreensão do próprio Estado Brasileiro; suas origens, sua formação histórica e, principalmente, os paradigmas culturais que influenciaram sua gênese e construção.

Da mesma forma, uma análise da situação mais recente do Estado Brasileiro não pode passar em branco, principalmente os parâmetros jurídicos que norteiam a sua atuação frente à sociedade, verificando dessa forma, os rumos que os preceitos normativos lhe impõem. Com essa verificação torna-se imprescindível a constante revisitação dos preceitos prescritos no pacto social formulado no texto da Constituição Brasileira, ou seja, os rumos que a própria sociedade brasileira decidiu para o Estado e para si mesma, junto ao pacto constitucional democraticamente formulado.

Assim, verifica-se que nesse contexto, e somente nele, pode ser lida e interpretada a positivação constitucional de mais esse princípio, entre aqueles que devem orientar a condução do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Por outro lado, será verificado que o Princípio da Eficiência, já se encontrava expressamente presente no texto da Constituição Brasileira, portanto, é preciso analisar quais novas conseqüências e conclusões podem ser retiradas da constitucionalização desse princípio específico, através da Emenda Constitucional nº 19/2000. Ou seja, propõe-se analisar em que ótica deve ser entendido e compreendido o Princípio da Eficiência junto ao Estado Brasileiro, e se essa nova redação constitucional, com a inclusão expressa do princípio específico, junto com todos os demais que devem nortear a Administração Pública, estaria a lhe garantir maior eficácia, e em que sentido.

Dessa forma, emerge a problemática que se pretende estudar durante o presente trabalho – uma análise sobre os resultados, na perspectiva da eficácia, da constitucionalização do Princípio da Eficiência por meio da Emenda Constitucional nº 19/2000, considerando que tal dispositivo jurídico encontrava-se já presente no próprio texto constitucional, em diversos momentos distintos. Não sendo, portanto, uma novidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Portanto, a importância desse trabalho reside exatamente na necessidade de se questionar se efetivamente havia a necessidade da inclusão do Princípio da Eficiência naquele rol de princípios que norteiam a Administração Pública no Brasil, ou seja, se não seria possível esperar e exigir-se eficiência por parte do Estado (e de seus agentes) sem a necessidade de positivação constitucional desse Princípio. Por outro lado, é importante analisar se a constitucionalização do Princípio da Eficiência veio efetivamente (e em que grau) a contribuir para tornar o Estado eficiente, ou se essa positivação constitucional, na forma que ocorreu, não serve apenas para uma satisfação da dogmática jurídica tradicional, de cariz positivista; bem como, de uma visão neoliberal de Estado, que através do discurso de sua ineficiência, pretende avançar rumo à desburocratização e à desregulamentação do Estado, tornando-o mais agradável aos olhos e aos interesses do mercado.

Por isso, a importância da presente análise reside exatamente no questionar desses dogmas: tanto da compreensão jurídica tradicional que identifica no direito positivado, mas precisamente na lei sua única fonte do direito; como do discurso neoliberal de Estado, que propõe um Estado pequeno e com total ingerência em relação à economia. Ressalte-se que em relação à pretensão neoliberal, esta muitas vezes não fica clara, pois seus defensores

utilizando-se de discursos universais e ambíguos, como o combate à ineficiência do Estado, para dissimular sua verdadeira pretensão ideológica que é a defesa do chamado Estado mínimo.

É nesse sentido que no presente trabalho se discute a (in)eficiência do Estado e da Administração Pública. Ou seja, a Administração Pública no atendimento de sua função de implementar políticas que efetivamente venham a concretizar os Direitos Sociais, como forma de cumprimento da promessa de resgatar a histórica dívida social; promessa essa, democraticamente pactuada na Constituição Brasileira.

Portanto, nessa ótica, insere-se a discussão sobre se efetivamente a constitucionalização do Princípio da Eficiência veio a agregar uma concreta contribuição para que o Estado venha de forma efetiva a cumprir sua função na implementação das políticas que tem como escopo a concretização dos Direitos Sociais, ou se tal iniciativa não serve apenas para maquiar a realidade e fomentar outras pretensões que não sejam, necessariamente, tornar o Estado mais eficiente no sentido do resgate dessa dívida e a concretização desses direitos historicamente sonegados.

Por tratar-se de uma temática de Direito Público (inserido nos estudos sobre o Estado e Administração) o trabalho identifica-se com a linha de pesquisa vinculado ao programa de pós-graduação da UNISINOS, Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, enquanto aborda a positivação constitucional de um princípio norteador da Administração Pública, o Princípio da Eficiência, na ótica da (in)efetiva contribuição de tal constitucionalização para a concretização dos Direitos Sociais (inclusos no catálogo dos Direitos Fundamentais).

Em conformidade com a proposta dessa linha de pesquisa, pretende-se estabelecer uma análise crítica ao modelo tradicional de hermenêutica jurídica vinculada à dogmática positivista de Direito, que não alcança uma interpretação constitucional em relação à Administração Pública e sua finalidade de concretização das demandas sociais. Nessa ótica, torna-se imprescindível trazer a discussão sobre uma hermenêutica constitucional do Direito e do Estado e a resposta às demandas sociais, como compromisso constitucionalmente assumido, a partir da concretização desses direitos.

Nessa linha de pesquisa, portanto, insere-se a verificação da (in)eficiência do Estado para o atendimento e a concretização dos direitos sociais, como Direitos Fundamentais, e a contribuição que trouxe (ou não) a constitucionalização do Princípio da Eficiência, através da Emenda Constitucional nº 19/2000. É com esse objetivo que – embora sem o escopo de aprofundar o estudo em relação (in)efetividade do atendimento ao direito à saúde, conforme compromisso constitucionalmente assumido – se utilizará como instrumento pontual de análise o direito à saúde, como forma de tornar mais perceptível o objeto estudado.

Com esses objetivos, o presente trabalho é dividido em dois capítulos.

No primeiro são abordadas as contingências do Estado na sua fase contemporânea, considerando para isso, o desenvolvimento das fases que a antecederam, ou seja, desde o seu surgimento até assumir a sua feição atual, de um Estado Democrático de Direito. Porém, como será analisado uma questão específica do Estado Brasileiro, também será realizada uma abordagem específica de sua formação, como consequência da formação da sociedade, da cultura de seu povo e de como ocorreu o processo de imposição e adaptação da cultura social, política e econômica européia em nosso meio. Dessa forma pretende-se entender como a formação do Estado Brasileiro teve influência direta da cultura social alicerçada nas ideias de personalismo, fidalguia e “cordialidade”, características típicas dos colonizadores, e como essas ideias contribuíram para a concepção e implementação de uma cultura de Estado de fortes pretensões patrimonialistas.

Ainda no primeiro capítulo do trabalho serão abordadas as questões relativas à proposta que objetiva tornar o Estado eficiente: as origens dessa ideia, sua natureza, suas concepções conceituais, etc. Como essa perspectiva, de um Estado Eficiente, principalmente após a constitucionalização do Princípio da Eficiência, é proposta pelas diversas visões de Estado e como cada uma delas se integra e interage com os demais princípios que devem orientar a condução do Estado Brasileiro, principalmente, com a proposta de um Estado Democrático de Direito; suas interrelações com propostas e conceitos de Direito, Democracia e Legitimidade.

No segundo capítulo do trabalho, por sua vez, será analisado efetivamente como deve ser entendido e compreendido o Princípio da Eficiência frente à realidade social e jurídica Brasileira; muito embora, tal compreensão já poderia e deveria ser feita muito antes da constitucionalização desse Princípio específico. Para essa análise, tem-se uma pré-

compreensão de que o Estado Brasileiro está juridicamente condicionado aos ditames constitucionalmente prescritos, ou seja, o pacto constitucional que assumiu o compromisso com o resgate da histórica dívida social, econômica e cultural de grande parte da população brasileira. Dessa forma o Princípio da Eficiência precisa ser compreendido e implementado no contexto da Administração Pública Brasileira comprometida com essa promessa constitucional.

Assim, analisa-se o que significa um Estado eficiente frente às demandas a ele impostas pelo pacto constitucional democraticamente construído, especialmente as demandas voltadas à concretização e à garantia dos direitos sociais de forma universal; condição indispensável para a garantia de uma vida minimamente digna.

## 1 PERSPECTIVAS DE DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE DO ESTADO

Para a análise da (des)necessidade da positivação do Princípio da Eficiência, assim como da (in)eficácia de sua constitucionalização no contexto do Estado Brasileiro, é necessário uma prévia análise do Estado na atual perspectiva de Democracia, Eficiência e Legitimidade. Porém, para isso é indispensável se compreender a tradição histórica do Estado, desde a sua gênese, os motivos de sua constituição, bem como a sua finalidade na ótica de algumas teorias. Tal compreensão deve alcançar tanto o Estado em geral, como a constituição do Estado Brasileiro, objeto mais específico de análise do presente estudo.

### 1.1 ORIGEM EVOLUÇÃO E FINALIDADE DO ESTADO

Atualmente, convencionou-se entender e denominar as primeiras configurações de Estado, na antiguidade, como sendo cidade-Estado, ou nação-Estado. Porém, para Giovanni Sartori<sup>2</sup> tal compreensão é equivocada, pois a *polis* grega, por exemplo, não tinha nada a ver com a cidade-Estado como estamos acostumados a chamá-la. Conforme Sartori, a *polis* era uma cidade-comunidade<sup>3</sup> e não cidade-Estado; pois o Estado, na sua denotação política moderna é uma entidade impessoal, algo inconcebível para os gregos, pois para eles, os homens é que eram a cidade, e portanto, não poderia ter uma compreensão de impessoalidade. Conceito que se afasta, portanto, da compreensão moderna de impessoalidade.

Na modernidade, o Estado pode ser definido como um grupo social que vive em determinado território governado por representantes políticos submetidos a um sistema próprio de leis. Portanto, um povo organizado sob a égide de leis no interior de fronteiras territoriais estabelecidas com soberania interna e independência em relação a outros Estados.

O Estado é uma instituição praticamente tão antiga quanto a própria civilização humana. Alguns datam a sua gênese a cerca de 10 mil anos, na Mesopotâmia, quando surgiram as primeiras sociedades rurais naquela região, com certa organização em torno de uma representação de poder. Na China, durante a antiguidade, existiu um Estado organizado

---

<sup>2</sup> SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada*. Vol II: As questões Clássicas. Editora Ática, 1994. p. 35.

<sup>3</sup> Observe-se que essa compreensão expressa por Sartori está intimamente ligada a compreensão de democracia, conforme adiante se verá.

com certo aparato burocrático. Para Douglas Michalany,<sup>4</sup> foi durante a Civilização Egípcia, o surgimento da primeira grande Nação-Estado<sup>5</sup>, o Império do Egito Antigo.

Friedrich Engels, ao fazer os seus estudos sobre a origem do Estado, utiliza-se de pesquisas já anteriormente realizadas por Lewis Henry Morgan, em a “Sociedade Antiga”. Nessas, Morgan argumenta com base nas evidências encontradas que é possível afirmar que a raça humana viveu, progressivamente, um período de selvageria que precedeu a barbárie, e esta, precedeu a civilização. Com base nessas pesquisas Engels entende a classificação de Morgan como sendo: o estado selvagem, o período em que predomina a apropriação de produtos já prontos diretamente da natureza, sendo que o homem utilizava-se de produtos artificiais predominantemente para facilitar essa apropriação; no estado de barbárie, o homem passou a dominar a criação de gado e a produção da agricultura, incrementando, dessa forma, a produção da natureza, por meio de atividades próprias; já com a civilização houve o aprendizado de novas formas de trabalhar os produtos extraídos da natureza, período da criação da indústria e da arte.<sup>6</sup>

Na sua concepção sociológica de Estado, Engels identifica na gens<sup>7</sup> grega as características convenientes para o nascimento do Estado<sup>8</sup>, tais como o direito paterno hereditário, acumulação de riqueza na família, primeiros traços da formação de classes sociais, escravidão e evolução desta dos prisioneiros de guerra a membros da própria tribo, etc. Porém, conforme Engels, faltava uma instituição que desse proteção a toda essa evolução no sentido da valorização da riqueza material; “ uma instituição que não só protegesse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não

<sup>4</sup> MICHALANY, Douglas. *Universo e Humanidade*. Tomo I. São Paulo. Gráfica-Editora Michalany Ltda. p. 17 et seq.

<sup>5</sup> Conforme tradicionalmente convencionou-se essa denominação, em que pese as observações feita por Giovanni Sartori na obra citada.

<sup>6</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo. Editora Escala. p. 37.

<sup>7</sup> Conjunto de famílias que se encontravam ligadas politicamente a uma autoridade em comum e julgavam-se descendentes do mesmo antepassado. Conforme Fustel de Coulanges “A gens formava um corpo de constituição inteiramente aristocrática e, graças a essa organização interior, os patrícios de Roma e os eupátridas de Atenas conseguiram tornar os seus privilégios muito duradouros. (...) Uns dizem ser a gens apenas semelhança de nome. Segundo outros, a gens não é senão a expressão de certa relação entre uma família que exerce o patronato e outras que são suas clientes. (...) Segundo outra teoria, a palavra gens designa uma espécie de parentesco artificial: a gens seria uma associação política de muitas famílias estranhas umas às outras, em sua origem; e a falta de vínculos de sangue, a cidade teria estabelecido entre estas uma união fictícia e um parentesco convencional. (...) A gens era a família, mas a família que conservava a unidade que a religião lhe prescrevera, e que havia alcançado todo o desenvolvimento que o antigo direito privado lhe permitira atingir”. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e de Roma*; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 80-86.

<sup>8</sup> Ibid., p. 119.

só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada”. Para Engels, essa nova instituição que faltava tinha a função de declarar a proteção e a possibilidade da acumulação da propriedade privada, como a finalidade mais elevada da comunidade humana, além de reconhecer à sociedade as novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam constantemente, permitindo a acumulação de riquezas de forma cada vez mais acelerada. Assim, “foi inventado o Estado” uma instituição que garantiu o direito das classes mais ricas dominarem e explorar aquelas que pouco ou nada possuíam.<sup>9</sup>

Assim, surgiu a civilização e o Estado Ateniense, o Estado Romano, posteriormente o Germânico e assim, os demais; cada um com suas peculiaridades e características específicas, tendo todos, porém, um traço em comum, a concentração da força nas mãos do Estado, o monopólio da “força pública”.

Dessa forma, como as diversas teorias que o analisam e descrevem, o Estado, desde o seu surgimento até os dias atuais, também não tem sido algo estanque, dado e acabado. O Estado tem passado por várias transformações, sendo um contínuo e lento processo histórico e evolutivo, tendo, durante todo esse tempo, as mais diversas configurações; formas de “conquista”, formação e organização; objetivos de existência; formas de exercícios de poder e relações com os “súditos” e cidadãos, etc. Em relação aos regimes e formas adotados para o exercício do poder, tivemos desde as manifestações do despotismo – com uma prática tirânica, arbitrária e absoluta do déspota, do poder conquistado na base da força e da violência física – passando pelos impérios, reinos, monarquias, repúblicas, oligarquias, aristocracias, democracias (dos antigos),<sup>10</sup> chegando, nos dias atuais, onde os regimes do Estado apresentam-se em distintas tipologias: o totalitário, o autoritário e o democrático (democracia moderna), que se caracteriza pelo respeito à soberania popular, na participação direta ou através de representação dos cidadãos na resolução dos problemas do Estado.

Atualmente vivemos sob a égide do Moderno Estado Liberal – com suas demais variações conceituais possíveis: Estado Social, Estado do Bem Estar Social, Estado Democrático de Direito, etc. - que historicamente se identifica com a consolidação liberal dos ideais burgueses, que se operaram após as revoluções ocorridas no século XVIII, a saber, a Revolução Francesa e a Independência Americana. Esse Estado tem entre as suas principais características, ser um Estado de Direito e dividir-se em três poderes. Ou seja, ou regramento

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 119-120.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Editora Escala. p. 165 et seq.

jurídico-estatal positivado que lhe submete e lhe dá conformação em todos os sentidos, sendo-lhe permitido atuar apenas fundado em previsões legais (ao Estado somente é permitido fazer aquilo que a lei permitir) e a divisão do poder do Estado em três poderes distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário, teorizada e definida por Montesquieu em sua conhecida obra<sup>11</sup>, em meados do século XVIII.

Conceitualmente, na modernidade, o Estado é apresentado como um grupo social que vive em determinado território sob a égide de um sistema de leis e governado por representantes políticos. Conforme Canotilho o Estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotado de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder...’”.<sup>12</sup> Ainda segundo Canotilho, primeira qualidade que distingue o Estado de outros poderes e organizações, seria a soberania, que no sentido moderno, é traduzido num poder supremo no plano interno e no poder de independência no plano internacional.<sup>13</sup> A Constituição portuguesa define o Estado, no seu sentido mais amplo, como toda a organização política da sociedade, constitucionalmente institucionalizada.<sup>14</sup>

Juridicamente, o Estado é uma abstração. Porém, na essência o Estado é Poder – o que lhe dá a condição de existência e manutenção no espaço e no tempo – é o Poder que lhe confere a capacidade e os instrumentos de submissão e coerção, visando à organização e o controle social. Conforme Hobbes, esse poder lhe foi conferido com a missão fundamental do monopólio da violência para garantir a manutenção da paz entre seus súditos.<sup>15</sup>

Na ótica teleológica social do Estado, pode-se dizer que o Estado é um conjunto de órgãos instituídos com a finalidade de desempenhar e executar as funções que lhe são próprias: o atendimento às necessidades entendidas como básicas da população (cidadãos) de seu território. As demandas sociais que o Estado, por meio de seus órgãos deve procurar suprir, são definidas e prescritas no ordenamento jurídico que lhe é pertinente: contemporaneamente e de forma majoritária na civilização ocidental, nas respectivas

---

<sup>11</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.

<sup>12</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Editora Edições Almedina. 2003. p. 89-90.

<sup>13</sup> CANOTILHO. loc. cit.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. revisada, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 204

<sup>15</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo, Martin Claret. 2002

constituições de cada Estado/Nação.<sup>16</sup>

Ferrajoli, analisando as constituições também comenta a finalidade das instituições do Estado: “As constituições são por assim dizer pactos sociais de forma escrita, pactos de não agressão, de mútua solidariedade através das quais são estipuladas as razões de ser do artifício jurídico. As instituições são um instrumento para a realização dessa finalidade”.<sup>17</sup> Portanto, o Estado tem, por excelência, a função de cumprir e fazer cumprir, de forma direta ou indireta, própria ou através de terceiros, o pacto social firmado pelos cidadãos através da Constituição. Assim, o Estado é um instrumento de direção e realização dos valores constitucionalmente pactuados e tutelados.

Essas funções que cabem ao Estado, através de seus órgãos constituídos, são exercidas e desempenhadas por agentes públicos incumbidos das funções que lhe são afetas, com prerrogativas, atribuições e tarefas definidas. Os agentes públicos com o mister de desempenhar essas funções podem ser divididos, conceitualmente, entre agentes públicos (estrito senso) que desempenham carreiras de Estado – possuindo, em regra, estabilidade e independência funcional em suas respectivas competências<sup>18</sup> – e agentes políticos que desempenham a função de governo.

### 1.1.1 Breve evolução histórica do Estado

No antigo Egito, considerada a primeira grande nação-Estado, o rei ostentava o título de faraó<sup>19</sup>. Esse título era hereditário e o faraó era considerado divino, filho de deus. Já na Grécia, a mais primitiva organização governamental do Estado é<sup>20</sup> a realeza patriarcal e hereditária. O rei, que também era considerado de origem divina, exercia, concomitantemente,

---

<sup>16</sup> A Constituição Federal do Brasil estabelece entre as demandas sociais que devem ser atendidas pelo Estado, a educação, saúde, previdências e assistência social, segurança pública, meio-ambiente sustentável, etc., procurando garantir a finalidade programática de sua existência (numa ótica Aristotélica de busca da vida boa) da dignidade da pessoa humana, com liberdade, igualdade, etc. Ver: BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1998.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez/2009.

<sup>18</sup> Essas prerrogativas que tem o escopo legal de garantir a prestação do interesse público de forma parcial e independente, não devendo ser confundido com vantagem de ordem pessoal a ser usada para o atendimento de interesses pessoais, particulares e alheios ao interesse público.

<sup>19</sup> MICHALANY, op. cit., p. 17 et seq.

<sup>20</sup> “é”, porque essa forma de governo, embora toda a evolução histórica, humana e civilizatória, nunca deixou de existir, permanecendo ainda forte em diversas nações. A mais conhecida entre nós talvez seja a realeza inglesa, que embora não tenha mais os poderes originais dessa forma de governo, ainda possui grande significação tradicional, cultural e simbólica.

as funções de sumo pontífice e de juiz supremo e geral sobre seus súditos. Por isso esses governos eram considerados mais teocratas do que propriamente autocratas.

A partir dessa forma de governo surgem várias outras, desde uma determinada mitigação da própria realeza absoluta, como por exemplo, a adoção de conselho de anciões que eram chamados a dar opiniões sobre os problemas da cidade; como outras formas que a superaram, como a oligarquia, a tirania e outras, até chegar à democracia.

Conforme Fábio Konder Comparato<sup>21</sup>, durante o período axial é que se anunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida que até hoje vigoram. Comparato lembra que no século V aC, tanto na Ásia como na Grécia nascia a filosofia inaugurando a substituição do saber mitológico tradicional pelo saber lógico racional; o indivíduo ousa pensar. Nesse mesmo século também surgia sincronicamente em Atenas a tragédia e a democracia. “... essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual. A supressão de todo o poder político ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais.”<sup>22</sup>

Segundo Comparato, ainda muito antes, nos séculos XI e X aC., quando se instituiu o reino unificado de Israel, tendo Jerusalém como capital, surgia o embrião do que muitos séculos depois passou a ser designado como Estado de Direito.<sup>23</sup> Nasce assim, a primeira organização política em que o poder do rei não emana dele próprio, como um deus ou livre representante dele na terra. Surge uma organização em que os governantes não possuem poderes ilimitados, nem produzem o Direito para justificarem o seu próprio poder, mas submetem-se a princípios e normas editadas por autoridade superior.

No século VI aC. foi retomada a experiência da limitação institucional do poder do governo, “com a criação das primeiras instituições democráticas de Atenas, e prosseguiu no

---

<sup>21</sup> Conforme o autor, “No período axial, entre 600 e 480 aC., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao Tse e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero- Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões de mundo, a partir das quais estabeleceram-se a grande linha divisória da história: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007 p.8-9).

<sup>22</sup> COMPARATO, op. cit. p. 9.

<sup>23</sup> Nesse sentido Comparato afirma que “Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c.996 ac. 963 aC.) estabeleceu pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina.”. Ibid., p. 41.

século seguinte, com a fundação da república romana.”<sup>24</sup> Por mais de dois séculos (de 501 a 338 a.C.) o poder dos governantes atenienses foi estritamente limitada. Essas limitações se deram tanto pelo profundo respeito que havia em relação à soberania das leis, como pelo complexo jogo de um conjunto de instituições políticas onde a cidadania era ativamente exercida. A Democracia Ateniense atribuiu ao povo o poder de eleger os governantes e, através das assembleias, decidir diretamente sobre as grandes questões políticas administrativas, como a adoção de novas leis, declaração de guerra, e conclusão de tratados de paz e alianças.

Na República Romana, por sua vez, a limitação do poder político não foi alcançada pela soberania ativa da população, mas sim, pela instituição de um sistema complexo de controles entre os diversos e diferentes órgãos políticos existentes.<sup>25</sup>

Na Idade Média, com a destruição da Democracia Ateniense e da República Romana, teve início uma nova civilização no ocidente, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, de valores cristãos e costumes germânicos. Esse período foi marcado pelo esfacelamento do poder político e econômico. O enfraquecimento do poder real e, por outro lado, a contínua ampliação da força e autoridade dos senhores proprietários de grandes extensões territoriais que concentravam força, tornando-se quase independentes do poder central, leva a instauração do Feudalismo;<sup>26</sup> um período de competições privadas, com a descentralização e a desorganização de um poder central.

A partir do século XI, ressurgiu um movimento de reunificação daquele poder político perdido, ou dividido, na Ateniense e na República Romana. Tanto o imperador quanto o papa procuram avocar para si, em ásperas disputas, a suprema hegemonia sobre todo o território europeu. Da mesma forma, os reis reivindicam para suas coroas poderes e prerrogativas, até então pertencentes à nobreza e ao clero.

Contra a reconcentração do poder nas mãos de um único soberano, passaram a surgir rebeliões em busca da manutenção de algumas liberdades específicas em favor dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza. Eclodiram inúmeras guerras privadas

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 42.

<sup>25</sup> Comparato lembra que “Três eram a espécies tradicionais dos regimes políticos, citados por Platão e Aristóteles: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Para Políbio, o gênio inventivo romano consistiu em combinar esses três regimes numa mesma constituição, de natureza mista: o poder dos cônsules, segundo ele, seria tipicamente monárquico; o do Senado, aristocrático; e o do povo, democrático.” Ibid., p. 44.

<sup>26</sup> COMPARATO, op. cit., p. 181 et seq.

patrocinadas e promovidas pelos próprios senhores feudais, na defesa de seus interesses. Com a reconcentração do poder, o Feudalismo foi minguando e desaparecendo, fortalecendo o sentimento de liberdade e certa independência da burguesia. Assim, surgem os burgos, locais onde os burgueses passam a desfrutar de um território de liberdade pessoal.

A retomada da busca pela limitação dos poderes do Estado e a racionalização do governo tem como marco histórico as três revoluções<sup>27</sup> do século XVIII: na Europa, a Revolução Inglesa e a Revolução Francesa, e na América, a Revolução Americana. As duas primeiras permeadas por guerras civis religiosas, e a terceira envolta ao problema da luta pela independência e a formação de um governo autônomo e desvinculado do Reinado Inglês. No caso da Inglaterra<sup>28</sup>, as guerras religiosas coincidiram com a revolução burguesa, ou seja, as lutas religiosas têm continuidade e se perpetuam até a consagração da Revolução *Gloriosa*. Já no caso francês, a revolução acontece depois de terem se encerrado as guerras religiosas, como forma de enfrentamento ao Estado Absolutista, que se formou exatamente como resultado de uma guerra religiosa.

Comparato observa que tanto a Revolução Americana<sup>29</sup> como a Revolução Gloriosa Inglesa tiveram o mesmo espírito: o de restauração de antigas franquias e tradicionais Direitos de cidadania que estavam sendo usurpados pelo poder monárquico. E faz uma clara distinção entre estas e a Revolução Francesa, entendendo que na Revolução Francesa todo o ímpeto do movimento político revolucionário mirava o futuro e representava uma tentativa de mudança radical do *status quo* da época. “O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero – reinício muito bem simbolizado pela mudança de calendário (...) os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos”<sup>30</sup>. Foi por isso que a pretensão e o espírito daquela revolução estenderam-se, em

---

<sup>27</sup> O termo “*revolutio*” de origem no Latim, que significa voltar para trás; voltar ao ponto de partida foi usado por Copérnico para designar o movimento cíclico dos astros (a volta de um astro em sua órbita). Os ingleses, com a Revolução Gloriosa, foram que deram ao vocábulo o seu sentido político, no sentido de voltar as origens, aos antigos costumes e liberdades. O movimento que eclodiu na França em 1789, pretendia uma completa renovação (revolução) nas estruturas sócio-políticas, com a nascimento de uma sociedade sem precedentes na história. Cf. COMPARATO, op. cit., p. 128-129)

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A Constituição e o estamento: contribuição à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: *20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política.*/ Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Alfredo Santiago Culleton. – São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 222.

<sup>29</sup> A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, declarando a independência das treze colônias britânicas da América do Norte, representou o início da democracia moderna, combinando, sob um regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos. A importância histórica da Declaração de Independência Americana reside no fato de ser esse o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história política moderna.

<sup>30</sup> COMPARATO, op. cit., p. 52-53.

pouco tempo, a regiões muito distantes de sua origem na Europa, ao subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.

Reinhart Koselleck<sup>31</sup> afirma que em resposta às guerras civis religiosas ergue-se na Europa o Estado Moderno. Assim, essas três revoluções do século XVIII, a Inglesa, a Americana e a Francesa, marcam o início da construção do constitucionalismo na vida do Estado e dos Cidadãos, e inauguram a modernidade no mundo ocidental.

Dessa forma, percebe-se ter havido uma evolução da organização da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, desde as sociedades mais primitivas até os dias atuais. Em cada período determinado, específico e distinto, a sociedade se organizou de forma também distinta.

Conforme Moreira Neto,<sup>32</sup> as sociedades tiveram inicialmente uma organização convencional, caracterizada por uma aceitação substancial, passiva e espontânea, e uma organização pactual, caracterizada pela aceitação formal, ativa e induzida. Porém, essas duas fases evolutivas distintas sempre tiveram como propósito gerar segurança nas relações sociais.

Dessa forma também, cada modelo utilizado para a organização da sociedade e a forma como era concebido (ou tolerado) o poder de Estado precisou de um tipo de legitimidade diferente, para poder produzir estabilidade e segurança. Moreira Neto distingue bem essas duas fases, afirmando que na primeira a segurança se promovia como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações na sociedade, que se fundava na observância geral da aceitação da normatividade implícita nos comportamentos habituais de seus membros. Era a difusão do costume, “por isso, uma *conceituação consuetudinária da legitimidade*.”<sup>33</sup> Já na segunda fase, a segurança se promovia como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações na sociedade, que se fundava na observância geral da aceitação da normatividade explícita, imposta ou negociada,

---

<sup>31</sup> KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 19 et seq.

<sup>32</sup> “... as sociedades primitivas tiveram na *organização convencional* o seu prístino modelo, dele passando à *organização pactuada*, que, por sua vez, se apresentou, inicialmente, na modalidade em que uma *sujeição* era *consensualmente aceita* (*o pactum subiectionis*) e, com ela sobrevivendo a mera anuência com as limitações impostas pela autoridade constituída, e, só bem mais recentemente, na modalidade em que uma *associação* era *consensualmente formada* (*o pactum societatis*) e, com ela, uma concordância expressa sob as limitações impostas pelo próprio pacto” (sic)<sup>32</sup>. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 39.

<sup>33</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 39-40.

referida num pacto social: um contrato social, tendo uma autoridade suprema institucionalizada, definindo uma “*conceituação pactual da legitimidade*”<sup>34</sup>.

Assim, cada fase teve seu tipo de legitimidade, a primeira fundada convencionalmente e a segunda, fundada pactualmente. Na fase pactual, a legitimidade pode, ainda, estar fundada em outros desmembramentos derivados do conceito de contrato social, também de forma evolutiva: da legitimidade do pacto, para a legitimidade da lei, e dessa, para a legitimidade do moderno constitucionalismo contemporâneo.

### **1.1.2 O Estado Brasileiro e o seu pecado original – O Patrimonialismo**

Para se entender o sentimento e a cultura que permeia o Estado Brasileiro – entendimento esse fundamental para a compreensão do Princípio da Eficiência no contexto em que está inserido – é necessário um estudo sobre as suas origens, sua formação histórica e, principalmente, os paradigmas culturais que influenciaram sua gênese e consolidação.

Sérgio Buarque de Holanda<sup>35</sup> afirma que a formação do Estado Brasileiro, e da mesma forma a constituição cultural de seu povo, é, em grande parte, o resultado do histórico processo de importação, imposição e adaptação da cultura social, política e econômica européia, principalmente, aquela da Península Ibérica, donde vieram os colonizadores desse território. Assim, essa nova raça, a miscigenação da raça brasileira, nascida da mescla entre os colonizadores, os índios (nativos do território colonizado), os negros (escravizados) e demais imigrantes posteriormente integrados, teve uma formação cultural influenciada, em grande parte, pela cultura de suas origens, tendo esta, clara interferência na formação política econômica e social do povo e do Estado Brasileiro.

Dessa forma, a formação do Estado Brasileiro, como consequência de uma cultura social geral alicerçada nas ideias de personalismo, fidalguia e “cordialidade”, características típicas dos colonizadores, pode ser entendido como fruto de suas origens nas raízes do Império Português. Assim, a questão é verificar como esta influência na formação cultural brasileira, também tem refletido na vida cotidiana político-administrativa no Brasil, ou seja, tem influenciada diretamente na prática político-administrativa implantada na nação brasileira.

---

<sup>34</sup> MOREIRA. loc.cit.

<sup>35</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras. 1995.

A conjugação da formação cultural baseada no personalismo, na fidalguia e na “cordialidade”, importada e imposta pelos colonizadores, com a ótica racional individual-utilitarista da sociedade moderna,<sup>36</sup> reforça a nefasta ideia do fortalecimento e aproveitamento das relações e interesses (inter)pessoais, confundindo dessa maneira as relações público-privadas, sempre com prejuízo ao público e benefício ao privado, tendo como resultado, a concepção e implementação de uma cultura de Estado patrimonialista, voltado à cobertura dos interesses pessoais e particulares de quem o ocupa e, funcionalmente, o utiliza, em detrimento do interesse público, geral e coletivo.

Assim, como se verá, a concepção e fortalecimento do modelo patrimonialista junto ao Estado Brasileiro, modelo esse que segue se desenvolvendo e sendo moldado aos interesses de seus agentes até os dias atuais, tem origem na própria formação cultural do povo e do Estado Brasileiro.

#### 1.1.2.1 As origens históricas e culturais do Estado Brasileiro

A gênese do Brasil enquanto Estado/Nação, é impossível de ser analisada dissociada da cultura européia importada e imposta pelos colonizadores e pela elite brasileira que aqui se formou. O nascimento do Estado Brasileiro é a expressão de um processo social, político e cultural histórico que ocorreu na Europa, mas precisamente na Península Ibérica e transplantado incondicionalmente para o novo território colonizado.

O Brasil Colonial surge sob a dominação da Coroa Portuguesa, como resultado das necessidades, desejos e ambições de uma nação secular, com uma cultura de dominação guerreira, estruturada sob um Estado patrimonialista.

A peculiar relação construída entre o rei português, extremamente personalista, e seus súditos, com quem mantinha uma relação direta – sem intermediários – é o resultado de uma cultura calcada na supremacia real, de expansão territorial, conquistada na imposição guerreira, de um país que embora europeu, carrega uma menor carga do tradicional europeísmo, construindo uma cultura singular e própria de suas características expansionistas.

---

<sup>36</sup> É plenamente sabido que se vive hoje em uma sociedade sob a égide da técnica, com uma visão racional utilitarista, típica da sociedade moderna que torna o homem um indivíduo egocêntrico, individualista e solitário, que vive uma prática cultural que é posta como hegemônica e imutável, e por isso, a ótica de sua atuação é no sentido da utilização racional objetificante de tudo que se encontra ao seu alcance.

Tais características são resultados, principalmente, do fato de Portugal ser uma nação ibérica, considerada um território-ponte entre a Europa e “outros mundos”.

Conforme Sérgio Buarque de Holanda, foi a partir dos grandes descobrimentos marítimos que Portugal e Espanha tiveram a porta da Europa aberta para um ingresso mais decisivo. Porém, diz que Holanda, que esse ingresso tardio repercutiu nos seus destinos, determinando muitos aspectos peculiares da história e da formação espiritual daqueles países ibéricos. Assim, surgiu “um tipo de sociedade que se desenvolveria, em alguns sentidos, quase à margem das congêneres européias, e sem delas receber qualquer incitamento que já não trouxesse em germe”.<sup>37</sup>

Essa característica peculiar dos povos da Península Ibérica, não foi partilhada com seus demais vizinhos europeus, tornando-a uma singularidade cultural própria. Holanda destaca quanto a esse particular que “... nenhum desses vizinhos soube desenvolver a tal extremo essa cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais”.<sup>38</sup> É devido aos espanhóis e portugueses, portanto, muito da originalidade da importância atribuída ao valor próprio de cada pessoa e a sua capacidade de autonomia em relação aos seus semelhantes.

Assim, para eles, um homem é valorado pela extensão de sua independência em relação aos demais; pela sua capacidade de não necessitar de ninguém e se bastar em si mesmo, em suas virtudes pessoais e seus esforços próprios. Dessa forma, numa terra em que todos são independentes entre si, a exaltação patrimonial é extremamente importante, tornando-se comuns expressões como: “cada qual é filho de si mesmo”, “terra onde todos são barões” e “somos todos fidalgos”, citadas e usadas por Holanda, para descrever aquela cultura personalista.<sup>39</sup>

Dessa concepção de vida resulta a frouxidão em todas as formas de organizações e associações que impliquem solidariedade, coesão social e capacidade de entendimento coletivo, em detrimento ou superação ao individualismo. Outra consequência dessa cultura extremamente individualista e personalista é a ausência de princípios de hierarquia e a exaltação do prestígio pessoal com relação ao privilégio, fortalecendo uma mania de fidalguia.

---

<sup>37</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras. 1995. p. 31

<sup>38</sup> HOLANDA, op. cit., p. 32

<sup>39</sup> Ibid., p. 32 et seq.

A monarquia portuguesa era tipicamente agrária, tendo sua renda mais considerável originária da terra, porém, “as garras reais, desde cedo, se estenderam ao comércio, olhos cobiçosos no comércio marítimo. Já em meados do século XIII, estimulado pela conquista de Lisboa em 1147, o comércio marítimo mostra sinais de seu futuro próximo, ativo com as trocas de produtos da Inglaterra, Flandres, França, Castela e Andaluzia”.<sup>40</sup>

Conjugando a ausência de intermediários entre o rei e seus súditos, e o assento do poder real sobre todas as conquistas, alargando o território da nação, a confusão entre as questões públicas e a propriedade privada, onde a soberania confundia-se com a titularidade de todos os bens, era um dos traços fundamentais do Estado português, uma vez que os bens do rei englobavam as terras e tesouros do próprio Estado.

A partir dessas características Raymundo Faoro verifica a existência do Estado patrimonial, que se forma reunindo os fundamentos sociais e espirituais vigentes à época, tornando possível à autoridade maior do Estado organizá-lo como se fosse uma obra de arte sua, criada e calculada de forma consciente. Entende Faoro que “As colunas tradicionais, (...) permitem a construção de formas mais flexíveis de ação política, sem rígidos impedimentos e fronteiras estáveis. É o Estado Moderno, precedendo ao capitalismo industrial, que se projeta sobre o ocidente”.<sup>41</sup>

Configuradas assim as bases do Estado moderno, conforme Faoro, o Estado Português não chegou a ser feudal, caracterizando-se, diretamente num Estado patrimonial, sob a proteção da tradição das fontes eclesiástica e afeiçoado ao Direito Romano, renovado com os juristas descendentes da Escola de Bolonha. Assim, Faoro explica que na Monarquia patrimonial todos os súditos estão submissos ao rei, que é o senhor de todo o território, de toda a riqueza e dono do comércio existente, tendo, portanto, o domínio eminente e perpétuo, gerindo as propriedades e conduzindo a economia do país como se fosse sua empresa. Dessa forma, “o sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinado do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano. Mais um passo, e a categoria dos auxiliares do príncipe comporá uma nobreza própria...”.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11. ed. V.1, São Paulo: Editora Globo. 1997. p. 09

<sup>41</sup> FAORO, op. cit., p. 16

<sup>42</sup> Ibid., p. 20

Com o fortalecimento da monarquia e o aparelhamento do Estado mediante uma organização político-administrativa e jurídica, preparada para enfrentar o período das grandes navegações, surge uma classe especialmente preparada para a exploração da atividade marítima, fortalecendo um Estado patrimonial de estamento,<sup>43</sup> com uma clara desigualdade social e dependência direta da Coroa.

Nos séculos XV e XVI, com a expansão marítima há o descobrimento de novas terras, que também passavam a pertencer à monarquia, bem como, o monopólio do comércio, surgindo com isso, o capitalismo monárquico. Ao contrário do que acontecia em outras regiões da Europa, onde, com o surgimento da nova formação política e econômica, fortalecendo, através do comércio, os próprios comerciantes, e fazendo surgir um novo sistema político burguês, em Portugal a burguesia comercial que conseguia alguma ascensão, continuava dependente do rei, através dos vínculos tradicionais.

Raymundo Faoro destaca que essa situação, que subjugava o desenvolvimento comercial ao poder real, foi um grande impedimento à evolução social e econômica de Portugal.<sup>44</sup> Pois, foi essa cultura portuguesa mercantilista que fincou pés no território brasileiro, terra recém descoberta, e assim, lançou suas raízes para orientar a formação cultural desse novo povo, lançando fundamentos culturais para a prática política, econômica e social do povo e, como consequência natural, para o Estado que se formou a partir da ocupação, colonização e herança aqui deixada.

---

<sup>43</sup> Segundo Faoro: “O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos. O grupo dirigente não exerce o poder em nome da maioria, mediante delegação ou inspirado pela confiança de que o povo, como entidade global, se irradia. É a própria soberania que se enquista, impenetrável e superior, numa camada restrita, ignorante do dogma do predomínio da maioria”. Ibid., p. 88.

<sup>44</sup> Nesse sentido, o autor explica que “o influxo da ideologia sobre a realidade freava o desenvolvimento da atividade econômica, dificultando-lhe o desenvolvimento. Todos se beneficiavam do comércio, sem embargo de agravar os mercadores com o desprezo mais veemente e agressivo. Somente no século XVIII, já em plena decadência do comércio ultramarino, o mercantilismo, praticado de fato, conquistou o espírito da sociedade portuguesa. Antes disso, houve apenas, à margem da lei, que condenada explicitamente a usura, fiel ao direito canônico, algumas transações, urgidas pelo tipo de capitalismo reinante, o capitalismo politicamente orientado”. FAORO, op. cit., p. 61.

### 1.1.2.2 A formação da cultura e do Estado Brasileiro

Com a descoberta do território brasileiro, o Brasil, como colônia portuguesa, passou a pertencer à monarquia portuguesa que se viu deslumbrada por um país com muitas terras e riquezas a explorar. Conforme Faoro, “o descobridor, antes de ver a terra, antes de estudar as gentes, antes de sentir a presença da religião, queria saber de ouro e prata”; nesse sentido revela a decepção do próprio escrivão, ao analisar o registro que ele fez da primeira entrevista que Pedro Álvares Cabral teve com os donos da terra, ao verificar que “ela indica a inaptidão de ver fora das viseiras douradas do comércio e dos metais preciosos”.<sup>45</sup>

Uma das heranças da cultura Portuguesa foi a marca da vida rural na formação econômica brasileira, a grande importância dos grupos rurais dominantes, como uma forma de autonomia econômica e familiar. Sérgio Buarque de Holanda<sup>46</sup> lembra que a própria urbanização patrocinada pelos Holandeses em Pernambuco significaria um desenvolvimento precoce para um país que permanecia predominantemente rural, e de mentalidade patriarcal, personalista e arcaica.

Nesse sentido, nos primeiros anos de colonização um dos papéis fundamentais foi desempenhado pelos grupos familiares, desenvolvendo a sociedade colonial aristocrática e patriarcalmente, no rastro do cultivo da cana de açúcar.<sup>47</sup> Porém, em que pese a vastidão de terras dispostas a serem cultivadas e a grande importância que era dada aos grupos rurais com a manutenção do patriarcalismo e do personalismo arcaico, o cultivo da terra, através do trabalho manual e o esforço pessoal, não era necessariamente o ponto forte da cultura colonizadora.

É por isso que Holanda<sup>48</sup> entende que o cultivo da lavoura de cana de açúcar seria uma demonstração de uma forma de ocupação mais aventureira do espaço, não correspondendo, assim, a “uma civilização tipicamente agrícola”. Esse entendimento também foi expresso por

---

<sup>45</sup> FAORO, op. cit., p. 99.

<sup>46</sup> HOLANDA, op. cit., p. 62 et seq.

<sup>47</sup> Conforme Gilberto Freyre “A nossa verdadeira formação social se processa de 1532 em diante, tendo a família rural ou semi-rural por unidade, que através da gente casada vinda do reino, quer das famílias aqui construídas pela união de colonos com mulheres caboclas ou com moças órfãs ou mesmo à-toa, mandadas vir de Portugal pelos padres casamenteiros. Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas” In: FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 10. ed. brasileira. Rio de Janeiro: José Olympio Editora. 1961 p. 30

<sup>48</sup> HOLANDA, op. cit., p. 48 et seq.

Freyre, quando disse que “É verdade que muitos dos colonos que aqui se tornaram grandes proprietários rurais não tinham pela terra nenhum amor nem gosto pela sua cultura”.<sup>49</sup>

Porém, embora a prática do cultivo da terra não fosse algo arraigado ao gosto do espírito aventureiro do colonizador, a marca da vida rural é forte na formação da sociedade brasileira, destacando a grande importância dos grupos rurais dominantes como uma forma de autarquia econômica e familiar, tendo como base de sustentação a religião e o patrimônio. Essa realidade cria um plano mental que supervaloriza o talento. As atividades intelectuais que se basta por si só, não ligadas ao trabalho material e produtivo, pareciam brotar de uma qualidade inata: a fidalguia.

Assim, tendo como exemplo a prática administrativa do país colonizador, a administração do território conquistado foi organizada de tal forma que os resultados extraídos da conquista sempre fossem em proveito do rei. Com esse objetivo foram enviados de Portugal funcionários que vinham para ocupar os cargos administrativos.

Nesse sentido, Faoro observa que o funcionário está presente em tudo: na direção da economia, no seu controle e limitação, tudo conforme sua própria vontade e determinação. “Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha.”<sup>50</sup> Mas não é só isso, Faoro analisa que:

O quadro será necessariamente negro e amargo, satírico e contundente. Atrás da enxurrada de funcionários, militares e pensionistas está a ruína. Todos sentem que a mascarada, sem renovo e sem seivas mais jovens, acabará em ressaca: há ricos e opulentos, mas o reino não reverdece. As subvenções, os ordenados, as pensões devoravam o Estado, para o proveito ostentatório da fidalguia, da fidalguia encasulada no cargo pública.<sup>51</sup>

Nesse mesma linha crítica à uma exploração desenfreada de cunho meramente patrimonialista é a lição de Sérgio Buarque de Holanda,<sup>52</sup> ao lembrar que a exemplo do que os portugueses haviam alcançado na Índia, com especiarias e metais preciosos, o que vinham buscar aqui era a riqueza, porém não a riqueza do trabalho forçado e determinado, mas sim uma riqueza fácil, que lhe custasse apenas ousadia e aventura.

---

<sup>49</sup> FREYRE, op. cit., p. 31.

<sup>50</sup> FAORO, op. cit., p. 82.

<sup>51</sup> FAORO, op. cit., p. 84

<sup>52</sup> HOLANDA, op. cit., p. 49.

Com a implantação e estruturação das capitâneas hereditárias nasce a centralização colonial, criando condições para a implementação do governo-geral. Porém, essa forma de administração implantada aqui, através da centralização, foi mais uma nefasta importação de sistemas do reino que estava fadada ao fracasso, principalmente, pela extensa área territorial, o que tornava impossível um governo geral centralizado. Caio Prado Júnior analisa que a consequência dessa centralização e concentração do poder das autoridades reunidas nas capitais e sedes acabou por deixar o restante do território praticamente desgovernado e a grande distância da autoridade mais próxima.

Com isso, “naturalmente a extensão do país, a dispersão do povoamento, a deficiência de recursos tornavam difícil a solução do problema de fazer chegar a administração, numa forma eficiente, a todos os recantos de tão vasto território”.<sup>53</sup> Assim, longe das autoridades, o patrimônio conquistado pela monarquia portuguesa converte-se, gradativamente, em um Estado gerido por um estamento burocrático, formado por funcionários e agentes amigos do rei, que se transformam em seus serviçais, preocupados em conquistas patrimonialistas.

Esses cargos, conjugados com o fato de tornarem seus possuidores dignos de grande prestígio e fidalguia, representavam reinos individuais que estavam à disposição de seus ocupantes, como negócios a serem explorados e aproveitados. A ocupação de tais cargos públicos conferia a quem os possuía uma posição de status e nobreza de tamanha dimensão que os mesmos passaram a ser objetos de comercialização, sendo dessa forma, inclusive vendidos, como se privados fossem. Assim, a própria sociedade do Brasil colonial, mostra-se subordinada ao quadro da administração pública que se instala e se apodera da mesma.

Numa síntese do que se poderia esperar dessa relação construída entre os colonizadores com sua cultura, e a vida colonial aqui implantada, em relação ao Estado, Prado Júnior entende que um observador encontrará “de um lado uma organização estéril no que diz respeito às organizações sociais de nível superior; doutro, um estado, ou antes um processo de desagregação mais ou menos avançado, conforme o caso, resultante ou refluxo do primeiro e que se alastra progressivamente”.<sup>54</sup>

O poder afeto e cultivado, por um lado, aos grandes proprietários de terras, como demonstração de força dos grupos rurais sobre o urbano, com sua personalidade patriarcal e o

---

<sup>53</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense. 1999. p. 302

<sup>54</sup> PRADO JÚNIOR, op. cit., p. 344

desenvolvimento da economia local e familiar; por outro dos funcionários da coroa, que eram possuidores de grande prestígio e fidalguia, fez desenvolver um personagem que Sérgio Buarque de Holanda denominou de “homem cordial”.<sup>55</sup>

Com o “homem cordial” há um destaque para o peso das relações de simpatia, que dificultam, assim, as incorporações normais de outros grupos, tendo como consequência a dificuldade das relações impessoais, como as que caracterizam o Estado, por exemplo, tentando reduzi-las aos padrões pessoais e afetivos. Porém, paradoxalmente ao que possa parecer, o “homem cordial” não significa bondade, mas apenas predomínio dos comportamentos de aparência afetiva; sendo tal característica totalmente inadequada as relações impessoais.

Essa mentalidade cordial cria traços de sociabilidade apenas aparentes, reforçando o individualismo que produz enormes resistências a regulamentos que o contrarie. Nesse sentido, Roberto DaMatta fala sobre a importância da revelação da entidade social do indivíduo, no “sabe com quem está falando?”, em uma dramática e significativa oposição da “ética burocrática” e da “ética pessoal”.

“A moral da história aqui é a seguinte: confie sempre em pessoas e em relações (como nos contos de fadas), nunca em regras gerais ou em leis universais. Sendo assim, tememos (e com justa razão) esbarrar a todo o momento com o filho do rei, se não com o próprio rei. É necessário, pois, estar bem atento para a pessoa com quem se está realmente falando, o que leva um estilo de relacionamento pessoal íntimo e, às vezes, descontraído no Brasil, como notam sistematicamente os estrangeiros que nos visitam”.<sup>56</sup>

Dessa forma, a propalada cordialidade está dialeticamente relacionada à lógica das identidades sócias, suas interrelações, produzindo uma dicotomia duvidosa entre respeitar e cumprir a lei, e corresponder com os anseios das relações pessoais.

Com isso, também há um reforço das relações de aparência, inclusive o saber aparente cujos objetivos estão apenas em si mesmo, como fator de prestígio, deixando de aplicar em algo mais concreto e produtivo. Também a forma do convívio social é o contrário da polidez, iludindo as aparências, “e isso se explica pelo fato de a atitude polida consistir precisamente uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no “homem cordial”: é a forma natural e viva que se converteu em fórmula. (...) Armado dessa máscara, o

<sup>55</sup> HOLANDA, op. cit., p. 141 et seq.

<sup>56</sup> DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997. p 216.

indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica uma presença contínua e soberana do indivíduo”.<sup>57</sup>

Relacionado a tais características, o culto tradicional pelas formas impressionantes, pelo exibicionismo pessoal e aparente, a improvisação e a falta de aplicação e profundidade. Inclusive, com base nessas últimas características, Holanda explica a voga do positivismo no Brasil, como resultado de um espírito que repousava satisfeito nos seus dogmas indiscutíveis, levando ao máximo a confiança nas idéias, mesmo quando inaplicáveis: “O mundo acabaria *irrevogavelmente* por aceitá-las, só porque eram racionais, só porque a sua perfeição não podia ser posta em dúvida e se impunha obrigatoriamente a todos os homens de boa vontade e de bom senso”.<sup>58</sup>

Assim, também, os movimentos que aparentemente eram reformadores, eram impostos de cima para baixo por alguns grupos dominantes, exemplo disso, foi a harmoniosa passagem do Império para a República, com a mera substituição dos governantes e a edição de leis formalmente perfeitas, desimportando a sua aplicação prática.

O fato é que sempre se trouxe de terras estranhas ideias mais estranhas ainda, sem a preocupação de sua verdadeira adaptação a realidade cultural e histórica local, ou a adaptação aquelas ideias complexas e acabadas à realidade brasileira. Porém, como não poderia deixar de ser, apenas assimilou-se os estrangeirismos impostos, até confrontarem-se com a cultura familiar e personalista nas relações, tanto econômicas, sociais e de Estado.

### 1.1.2.3 O patrimonialismo no Estado Brasileiro

Nas relações dos indivíduos com o Estado a prática patrimonialista é milenar. O patrimonialismo, como característica de um Estado que não possui delimitações de fronteiras entre o público e o privado, foi prática comum em quase todos os absolutismos, sendo essa característica, inclusive, parte da essência daquele regime. As monarquias gastavam as rendas, fossem pessoais ou fossem do Estado, de forma indistinta, tanto para a satisfação de seus interesses pessoais como para aqueles que efetivamente fossem assuntos do Estado. Assim, o Estado acabava se tornando patrimônio próprio de seu governante e dos funcionários do reino.

---

<sup>57</sup> HOLANDA, op. cit., p. 147

<sup>58</sup> HOLANDA, op. cit., p. 158

O patrimonialismo, especialmente forjado de forma singular na rotina administrativa dos nossos colonizadores ibéricos, criou profundas raízes em nosso território, determinando, decisivamente, a formação, o desenvolvimento e o modo de funcionamento do Estado Brasileiro. O enraizamento dessa cultura é de tamanha profundidade que embora suas origens sejam muito remotas o tema continua sendo extremamente atual, tanto que é motivo de inúmeras manifestações sociais, seja elas de caráter individual, de grupos, ou nos meios de comunicação social.

O termo “patrimonialismo” remonta aos trabalhos de Max Weber e é utilizado para a caracterização de uma específica forma de dominação política, em que a administração pública está a serviço de seus agentes ou pessoas a eles, de qualquer forma, relacionadas. A atividade pública é exercida, e os bens públicos utilizados, como se fossem patrimônio privado dos agentes que os ocupam ou que exercem poderes sobre os mesmos. O “patrimonialismo” muitas vezes também é associado à “corporativismo”<sup>59</sup>, “clientelismo”, “populismo”, ou mesmo “corrupção” porém embora todos esses conceitos podem ser entendidos como contrários a boa e correta administração pública, eles tem significações distintas, podendo, porém, ser considerados, eventualmente, espécie daquele gênero<sup>60</sup>.

Ao tratar dos diversos tipos de dominação, Weber aborda sobre o que denominou de “dominação tradicional”.<sup>61</sup> Esta tem sua legitimidade baseada na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais tradicionais. Na dominação tradicional, o senhor é determinado em virtude das regras tradicionais, e a ele deve-se obediência pela tradicional dignidade pessoal que o mesmo possui. Nesse sentido, a autoridade que domina não é um superior, mas um senhor pessoal, tendo o seu quadro administrativo composto não de funcionários, mas de servidores (ou serviçais) pessoais, e os dominados não são membros da associação, mas “companheiros tradicionais”, “súditos”. Dessa forma, também não são os deveres objetivos do

---

<sup>59</sup> Entendido aqui, esse termo, no seu sentido meramente patrimonialista, excetuando outros possíveis sentidos e interpretações que legitimamente podem ser extraídos.

<sup>60</sup> Bresser Pereira ao tratar das formas contemporâneas de patrimonialismo entende que “O populismo, o clientelismo e a corrupção implicam o uso de fundos públicos: no caso do populismo clientelista, os fundos são usados impessoalmente para assegurar a boa vontade daqueles grupos e comunidades que se beneficiam dos gastos públicos; no caso da corrupção, os fundos públicos são apropriados privativamente. O clientelismo também envolve o uso de fundos públicos mas de forma indireta: os políticos engajados nas práticas clientelistas não roubam, mas utilizam os recursos do Estado para promover suas carreiras pessoais. O termo no Brasil para esse tipo de prática é *fisiologismo*.” In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil – para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 172.

<sup>61</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 148.

cargo que determinam as relações entre o quadro administrativo e o senhor, mas sim, a fidelidade pessoal do servidor, em relação ao seu senhor.<sup>62</sup>

Entre as formas dessa dominação tradicional encontra-se o patrimonialismo. Segundo Weber, para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário - “...como outra oportunidade econômica qualquer”<sup>63</sup> - e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurar garantias jurídicas aos cidadãos.

O patrimonialismo apresenta as seguintes peculiaridades gerais de sua administração:

a) oposição tradicional à existência de *estatutos formalmente* racionais, duráveis e confiáveis; b) ausência ou deficiência de um quadro típico de funcionários com qualificação profissional *formal*; c) amplo espaço arbitrariamente discricionário do quadro administrativo, ampliando oportunidades de aproveitamento desse espaço para práticas de extorsões, corrupções e outras formas de irregularidade; d) a tendência, que é inerente ao próprio patrimonialismo, de ver satisfeitos os interesses econômicos próprios dos funcionários e administradores, orientado por ideias culturais ético-sociais utilitaristas, num flagrante rompimento com a racionalidade formal.<sup>64</sup>

Raymundo Faoro, analisando o patrimonialismo estabelecido no Brasil, pelos funcionários da Coroa que aqui se instalaram, entendeu que o patrimonialismo, como organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento de caráter burocrático<sup>65</sup>. Nesse sentido, o Estado não passa de certa quantidade de cargos à disposição desses funcionários, que ocupam o lugar da velha nobreza, incorporando, com isso, a sua ética e o seu estilo de vida. “O luxo, o gosto suntuário, a casa ostentatória são necessários à aristocracia. O consumo improdutivo lhes transmite prestígio, prestígio como instrumento de poder entre os pares e o príncipe, sobre as massas, sugerindo-lhes grandeza, importância, força”.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> WEBER, op. cit., p. 148.

<sup>63</sup> WEBER, op. cit., p. 151.

<sup>64</sup> WEBER, op. cit., p. 157 e 158.

<sup>65</sup> Conforme o autor, “Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência”. In. FAORO, op. cit., p. 84 e 85.

<sup>66</sup> FAORO, op. cit., p. 84 e 85.

Essa também é a observação de Holanda, que demonstra ser o patrimonialismo uma prática impregnada na cultura do Estado Brasileiro ao longo de sua história, tornando-se quase que uma regra geral de conduta política e administrativa, quando que o tolerável, seria que tal prática não passasse de raras exceções. Assim, Holanda entende que o Brasil, só excepcionalmente teve um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos do próprio Estado. “Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo da história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.<sup>67</sup>

Nestor Duarte, destacando elementos da herança portuguesa, como a família e o privatismo, ao falar da constituição do Estado Brasileiro e a sua conformação ao interesse do senhorio ou do patronato diz que: “Por esta sorte, quando esta classe recebe o poder político e vai desempenhar o papel de classe propriamente política, com o surgimento do Estado Brasileiro, é ele, mais do que ela, que se reduz e se simplifica para identificar-se com ela. Ele se define por ela, como se exerce através dela”.<sup>68</sup>

Há que se ter presente que com o crescente processo de urbanização da sociedade brasileira e, a atualização e transformação das relações sociais no campo, conseqüentemente, a redução do poder dos grandes proprietários rurais, houve uma sensível redução do patrimonialismo rural, surgindo o novo patrimonialismo de base urbana, tendo como fundamento as relações de interesse da elite dominante com o Estado.

Nesse contexto, busca-se muitas vezes o espaço na vida do Estado com a pretensão de ao alcançá-lo, torná-lo um instrumento patrimonial voltado ao alcance de bens e objetivos privados. Dessa forma, a própria busca pelo poder político não visa à conquista de espaço para fazer prevalecer uma ou outra proposta política-administrativa, calcada numa visão programática com contornos políticos e ideológicos definidos, mas em vez disso, faz-se desse espaço um instrumento de controle de uma importante fonte de riqueza. Assim, o Estado é visto como um bem em si próprio, com características patrimoniais a ser explorado, desimportando o interesse público que deveria ser seu objetivo.

---

<sup>67</sup> HOLANDA, op. cit., p. 146

<sup>68</sup> DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 108

Numa análise sociológica, é possível a compreensão dessas práticas patrimonialistas, por meio das relações e mecanismos sociais historicamente constituídos, que produzem condições de mobilização das relações pessoais e dos procedimentos formais da administração pública, proporcionando condições para que tais práticas se concretizem. Conforme Holanda:

E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar, - a esfera, por excelência dos chamados “contratos primários”, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundados em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.<sup>69</sup>

Nesse sentido, Marcos Otávio Bezerra,<sup>70</sup> analisando como a formalidade e a impessoalidade da burocracia do Estado pode se tornar pesada e inoperante, produzindo enormes dificuldades para se lidar com ela, bem como de que essas mesmas dificuldades podem ser desfeitas, quando os tratamentos formais e burocráticos, são transformados em informais e pessoais, assim, “as demandas são atendidas, os pedidos são contemplados, os interesses são encaminhados mais rapidamente se acompanhados de uma relação de amizade, um sentimento de afeição, de simpatia, de enamoramento ou gratidão”.<sup>71</sup> Essas relações, portanto, tornam-se oportunidades para retribuir favores recebidos, ou colocar alguém em débito por favores prestados.

Ao analisar as práticas de corrupção (que não deixa de ser uma espécie de patrimonialismo, porém, tipificado como crime) no poder público brasileiro, Bezerra<sup>72</sup> diz que quando se analisa as relações pessoais nas práticas corruptas, duas questões se apresentam: uma, a identificação de ações e condutas pautadas por esses laços pessoais, e outra, a obtenção de vantagens junto ao Estado através dessas condutas, para as pessoas que fazem parte dessas relações pessoais, sejam elas por laços de parentesco, de amizade, ou de patronagem.

A recorrência às relações pessoais para alcançar objetivos que deveriam ser buscados através dos mecanismos burocráticos formais, ou para a superação de dificuldades

---

<sup>69</sup> HOLANDA, op. cit., p. 146.

<sup>70</sup> Aqui é interessante observar que Bezerra utiliza como fonte impírica para essa conclusão, a própria experiência que teve ao procurar documentos oficiais para estudos objetivando a elaboração de seu trabalho, e deparar-se com a escassez de informações, de publicações, e de acesso às informações dos órgãos oficiais, como a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, etc., que o levaram a experimentar mecanismos e relações informais que posteriormente, em seus estudos, vinha a confirmar como passíveis de tornarem-se viciadas.

<sup>71</sup> BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995. p. 31-32.

<sup>72</sup> BEZERRA, op. cit., p. 33 et seq.

propositalmente criadas por esses mecanismos, objetivando a “oferta” da alternativa pessoal, é uma estratégia aceita pela sociedade brasileira. Segundo DaMatta, “não há brasileiro que não conheça o valor das relações sociais e que não as tenha utilizado como instrumento de solução de problemas ao longo da vida”.<sup>73</sup> Ao que Bezerra complementa: “... seja para evitar uma fila, seja para vencer uma licitação pública”.<sup>74</sup>

Bezerra chega a uma conclusão que pode ser estendida a todas as demais formas de patrimonialismo que existem no Estado Brasileiro, ao analisar que o favorecimento de parentes, amigos, aliados políticos, sócios, etc.; o jogo de favores, a paralisação ou agilização de processos, as intervenções pessoais e a utilização de padrões de relações pessoais para se relacionar com o poder público não são totalmente estranhas àqueles que trabalham ou mantêm contatos mais diretos com o Estado. Portanto, estes não são fatos tão excepcionais, mas práticas rotineiras, que se encontram ao menos temporariamente e em certas medidas incorporadas à forma de agir do Estado.<sup>75</sup>

Embora visto dessa forma, e sendo o patrimonialismo uma cultura social, o que significa estar essa prática sujeita a todo e qualquer indivíduo, independente de condição ou classe social, é necessário observar que é a elite que mais está em condições de dispor, e efetivamente dispõe, do Estado de forma patrimonialista, exatamente pelo fato de estar mais próxima e acessível a ele. Bernardo Sorj<sup>76</sup> lembra que o patrimonialismo é algo presente em todas as sociedades contemporâneas de desigual distribuição de riquezas e poder, e não se limitando como um fenômeno folclórico de um país atrasado. Assim, o patrimonialismo tem como uma de suas particularidades, a sua associação com uma extrema desigualdade social, com o abandono das populações mais pobres, aliada a impunidade das elites.

Bertrand Badie denomina de neopatrimonialismo, a lógica da utilização em caráter patrimonial do Estado, nos sistemas políticos das sociedades em desenvolvimento. Assim, descreve um sistema político estruturado em torno da pessoa do príncipe e tende a reproduzir um modelo de domínio personalizado, orientado pela proteção da elite no poder e que pretende limitar ao máximo o acesso da periferia aos recursos do centro. A atuação desta elite consiste em assegurar o monopólio da representação e controlar em seu benefício o processo da exploração e utilização da econômica.

---

<sup>73</sup> DAMATTA, Roberto. “Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional”. *A casa e a Rua*. Rio de Janeiro: Guanabara. 1987. p 103.

<sup>74</sup> BEZERRA, op. cit., p. 39.

<sup>75</sup> BEZERRA, op. cit., p. 185-186.

<sup>76</sup> SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001. p. 13

El establecimiento de esta lógica neopatrimonial se explica gracias a la combinación de un doble efecto de las sociedades em desarrollo: la valoración excesiva de algunos recursos políticos y la escasa movilización social. El primero de estos elementos propicia la alianza estrecha y hegemónica del príncipe y de su burocracia. Nada puede hacerles contrapeso. El poco desarrollo económico y su situación de dependencia dejan a las élites políticas el monopolio de un poder que la burguesía económica nacional no puede arrebatar ni impugnar.<sup>77</sup>

Assim, este poder político se valoriza excessivamente quando está diante de uma sociedade pouco ativa. A força das resistências comunitárias, do compromisso do indivíduo com o grupo a que pertence de maneira natural tem produzido o efeito de manter formas tradicionais de autoridade na periferia e uma estrutura muito segmentada da sociedade. Este tipo de configuração dificulta a constituição de vínculos horizontais, ou melhor, de coalizões de interesses e de classes.<sup>78</sup>

Atualmente o patrimonialismo pode ser compreendido em múltiplas manifestações e formas de ser praticado. Para Bernarndo Sorj,<sup>79</sup> o patrimonialismo, que está presente em maior ou menor grau em toda e qualquer sociedade contemporânea, tem as seguintes formas: o patrimonialismo dos políticos – a utilização dos cargos eletivos para usufruto de vantagens econômicas, concessão de favores e vantagens para setores privados, manipulação dos recursos orçamentários, nepotismos, legislação em causa própria, etc.; o patrimonialismo do funcionário público – a utilização das funções públicas de fiscalização, repressão e regulamentação para obtenção de vantagens como propinas e comissões; o patrimonialismo privado – apropriação de recursos públicos por agentes privados, através de licitações viciadas, créditos subsidiados, indenizações desproporcionais, etc.; o patrimonialismo fiscal, repressivo e jurídico – a manipulação do sistema policial, fiscal e jurídico, através de mecanismos ilegais para assegurar a impunidade; o patrimonialismo negativo – o uso do poder político para prejudicar ou discriminar pessoas e grupos sociais.

Assim, no contexto patrimonialista analisado, a máquina do Estado funciona como se fosse uma extensão do poder soberano, e os servidores públicos possuem *status* de nobreza. A máquina pública (*res publica*) é confundida com os bens privados (*res principis*). Dessa forma, práticas como o nepotismo, o clientelismo, o corporativismo, a corrupção e outras nefastas e dilapidatórias ao Estado, tornam-se inerentes à estrutura organizacional e burocrática, sendo compreendidas, inclusive, como condutas, se não normais, mas aceitas ou

<sup>77</sup> BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. Política Comparada. México: Fondo de Cultura Econômica. 1993. p. 189.

<sup>78</sup> BADIE, op. cit., p. 190.

<sup>79</sup> SORJ, op. cit., p. 15-16.

toleradas pela coletividade.

Os motivos, entre outros, da conduta patrimonialista que permeia o Estado Brasileiro são, por um lado, a tolerância social, e por outro, a tradicional formação histórica cultural da sociedade e do Estado Brasileiro, e pela falta de ativismo político que permeia o senso comum da sociedade, que não deixa de ser, esta, também de certa forma, reflexo daquele.

A verificação do patrimonialismo estatal leva a análises de questões como a interrogação feita por Friedrich Müller,<sup>80</sup> quando pergunta: “Quem é o povo?” ao analisar sobre que povo trata a Constituição, que povo efetivamente participa dos processos chamados democráticos, que povo é representado quando se afirma que a democracia é o governo do povo; qual é o povo sujeito e/ou destinatários dos Direitos constitucionalmente prescritos; e, sobre o grande percentual desse “povo” que é totalmente excluído de qualquer uma dessas questões postas.

Além de todas essas questões, o patrimonialismo leva ao questionamento sobre a serviço “de que povo” efetivamente se encontra o Estado, seus órgãos, seus instrumentos, seu poder? E a resposta é que o Estado – que na Moderna Democracia “representa o povo”, e está a serviço desse – representa uma parcela muito pequena da população, nem sequer aqueles que efetivamente elegem seus representantes parlamentares, que elegem os governos, etc., assim, na ótica patrimonialista, a máquina estatal está à serviço dos funcionários e demais agentes políticos que formam o aparato da máquina do Estado, fazendo com que o Estado – utilizado dessa forma – se baste em si mesmo; existe para a satisfação própria dos interesses individuais de seus agentes e, no máximo, daqueles que podem desfrutar do prestígio desses “fidalgos”, seja por vínculo de parentesco, de amizade ou de patronagem.

O patrimonialismo do Estado Brasileiro, que tem na sua caracterização elementos originários do conceito weberiano de patrimonialismo, mas que teve agregados a estes, a peculiaridade e a singularidade da cultura aventureira e exploradora da monarquia patrimonialista dos nossos colonizadores vindos da Península Ibérica, caracteriza, neste contexto, uma específica e peculiar forma de dominação e exploração política-administrativa do Estado, em que a administração pública está a serviços de seus agentes ou pessoas a eles relacionadas. Assim, atividade pública é exercida, e os bens públicos utilizados, como se

---

<sup>80</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

fossem parte ou integrados ao patrimônio privado dos agentes públicos que os ocupam ou que exercem poderes sobre os mesmos.

Ao patrimonialismo moderno, ou novo patrimonialismo, agrega-se ainda, outro aspecto extremamente significativo: dos tempos atuais estarem inseridos na modernidade que tem entre seu ícones o indivíduo e a técnica, numa lógica em que a técnica está à disposição do indivíduo para a satisfação ilimitada de suas necessidades, desejos e vontades individuais, assim, o homem é totalmente autônomo, seja em relação à sociedade, seja em relação ao Estado (no sentido do exercício da cidadania – ou da falta dele).

Essa visão, que tem um viés essencialmente utilitarista, atomiza o indivíduo de tal forma que ele se desliga da coletividade, da sociedade (ou, paradoxalmente, tem que ser individualista – reforçar a sua individualidade – para ser um sujeito social), e tem uma relação com o Estado apenas na ótica desse ser um instrumento a sua disposição, para, sempre que necessário e na maior medida possível, retirar dele os benefícios que mais lhe provier.

É interessante observar que essa visão independe da posição em que o indivíduo se encontra em relação ao Estado, ou seja, se ele está dentro do Estado (agente público), ele objetiva retirar deste o máximo possível para a satisfação de seus interesses e bens particulares; se estiver fora do Estado (cidadão<sup>81</sup>), ele busca no Estado, sempre que lhe for conveniente ou necessário, a concretização desse mesmo objetivo individualista e patrimonialista, porém, sempre que possível afastado do social e do coletivo.

Assim, a análise da formação histórica e cultural da sociedade e, conseqüentemente, do Estado Brasileiro, suas origens e elementos formadores de sua personalidade social, precisa, necessariamente, estar conjugada à análise da conduta patrimonialista que permeia a administração do Estado, principalmente, o comportamento dos agentes públicos do Estado

---

<sup>81</sup> Com as devidas ressalvas que para o objeto a que se está tratando, utiliza-se do termo de “cidadão”, apenas para a finalidade da compreensão da distinção feita entre ser um agente público (que não deixa de ser um cidadão por estar nessa condição, pelo contrário, deveria ser exemplarmente cidadão), e um cidadão que não é agente público. Por outro lado, em nosso entendimento, o termo é utilizado de forma “emprestada”, pois no contexto em que está inserido – da exploração patrimonial do Estado – o mesmo termo (cidadão), não pode ser compreendido no sentido de seu verdadeiro conceito – do exercício da cidadania -, pois tal prática é contrária ao conceito de cidadania (ação exercida por um cidadão). Para Charles Taylor, “A noção de virtude do cidadão, como vemos definida por Montesquieu e Rousseau, não pode ser combinada com uma compreensão atomista da sociedade. Pressupõe que o modo de vida político, ao qual se devota a “virtude” de Montesquieu, seja, num sentido importante, anterior aos indivíduos, estabelecendo-lhes a identidade, proporcionando-lhes a matriz dentro da qual pode ser o tipo de ser humano que são, no interior do qual, os fins nobres de uma vida dedicada ao bem público são primeiro concebidos. Estas estruturas políticas não podem ser vistas apenas como instrumentos, como meios para alcançar fins que poderiam ser estruturadas sem elas”. Cfe. TAYLOR, Charles. *As fontes do Self – A construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola. 1997. p. 255.

Brasileiro em relação à sua compreensão das funções do Estado e a (con) fusão dos instrumentos e finalidades do Estado ao tratar-se da defesa e concretização dos interesses particulares.

Portanto, quando se pretende analisar o Estado Brasileiro, mas especificamente a administração pública brasileira, com os elementos que contribuem para a sua (in)eficiência, não é possível se levar adiante tal análise sem ter presente os efeitos nefastos que lhe causa a cultura patrimonialista que permeia nosso Estado.

Até se poderia entender, para fins de análise, que é possível a conjugação desses dois institutos: o patrimonialismo, com uma administração eficiente; porém, a questão que se poria de imediato seria a interrogação sobre que tipo de eficiência ou de Estado se estaria falando. É claro que nesse caso a eficiência estaria, por óbvio, direcionada ao atendimento dos interesses dos grupos que detêm o poder no Estado e, no máximo, estendendo-se aos seus apadrinhados, porém, jamais se trataria de uma eficiência do Estado, no sentido que pretende a Constituição Federal, ou seja, um Estado eficiente no atendimento dos compromissos sociais que lhe foram relegados.

Um Estado patrimonialista, por mais que pudesse ser relativamente eficiente, não pode ser considerado um Estado Democrático de Direito. De Direito, não seria porque a cultura patrimonialista, para se manter nessa situação, afronta todos os princípios norteadores da administração pública. Democrática, não seria porque mesmo que a democracia formal seja atendida, longe se está de uma democracia verdadeiramente material, onde a sociedade pudesse efetivamente se entender representada no Estado.

Assim, pode-se afirmar que um Estado patrimonialista, mesmo que relativamente eficiente, mesmo que formalmente democrático, considerando a Moderna Democracia representativa, não tem nenhum respaldo de legitimidade e, portanto, a própria motivação de sua existência pode, por vezes, ser questionada e combatida.

Dessa forma, tendo presente como ocorreu a formação do Estado Brasileiro, seu contexto cultural, suas implicações e seus vícios, para uma correta compreensão do Princípio da Eficiência nesse Estado é também necessário uma correta compreensão dos conceitos de Direito, Democracia, da própria Eficiência, e de Legitimidade, bem como a compreensão e interpretação desses, no contexto da sociedade e do Estado Brasileiro.

## 1.2 DIREITO, DEMOCRACIA, EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE

A vida das pessoas não ocorre de forma isolada, ela acontece numa interrelação com outras pessoas e o ambiente. Assim, produzem-se relações sociais que acontecem, em regra, desde os núcleos menores, a família, por exemplo, até os maiores, os núcleos da sociedade global, passando pelas relações de amizade, de profissões, comunitárias, políticas, etc.

Essas relações circunstancialmente produzem conflitos que precisam ser mediados, regulados e dissolvidos para possibilitar a continuidade da convivência social. Esse conjunto de regramentos estabelecidos que objetivam regular as relações e por fim às discórdias (quando ocorrem) é conhecido como Direito. Assim, pode-se dizer que no sentido objetivo, Direito é o sistema de princípios e regras jurídicas dotados de caráter coercitivo que disciplinam as relações das pessoas pertencentes a uma determinada sociedade, ou seja, é entendido como ordenamento jurídico. Na sociedade ocidental moderna tem-se desenvolvido e praticado um modelo de Direito positivo, ou seja, um normativismo formalista positivista,<sup>82</sup> estabelecido, posto pelo Estado. Esse modelo, embora atrativo de muitas críticas e necessitando ser superado, ainda é hegemônico, em que pese crescente a busca de alternativas, principalmente com o fortalecimento de um paradigma pós-positivista, tendo na principiologia jurídica sua principal opção.

O termo “princípio”, por sua vez, remete ao princípio, ou seja, ao ponto de partida, ao início, à origem. A Bíblia Sagrada, por exemplo, um dos livros mais lidos da sociedade ocidental, de origem religiosa judaico-cristã, inicia dizendo: “No princípio, criou Deus o céu e a terra” (Gênesis 1.1). Tal citação caracteriza, portanto, o ponto de partida, o início da criação de toda e qualquer forma de existência. Assim, princípio é a origem, a base, o fundamento de qualquer construção humana.

### 1.2.1 Princípios Jurídicos

Atualmente os estudos sobre os princípios do Direito transcendem o contexto da dogmática tradicional e se tornam proeminente objeto de debate na filosofia jurídica, ocupando o centro das discussões da teoria do Direito contemporâneo.

---

<sup>82</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A clara distinção entre princípios e regras, e a necessidade de fortalecimento dos primeiros tem ganhado fundamental importância nos debates jurídicos atuais. Seja no plano legislativo, com a crescente utilização dos princípios nas constituições e demais legislação; seja no judiciário que tem ampliado a utilização dos princípios na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico; seja na doutrina, que tem aprofundado o debate em torno dos princípios, para possibilitar e defender uma maior aplicação dos mesmos. Portanto, com a impossibilidade do positivismo normativista dar respostas satisfatórias e adequadas ao Direito, objetivando atender as complexas demandas postas pela sociedade moderna, a concepção principiológica entende que o sistema jurídico possui princípios imanescentes, sendo de fundamental importância para as decisões jurídicas a busca e o respeito aos princípios constitucionais e gerais do Direito.

Para Dworkin, princípio, no sentido lato, “é o conjunto de estândares que não são regras”,<sup>83</sup> que devem ser observados por serem exigências de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Conforme Dworkin, os princípios são considerações morais, uma vez que devem tratar de justificar as normas estabelecidas, identificando as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que elaborou a teoria, realmente fundamentam as normas.<sup>84</sup>

Na doutrina brasileira, pode-se encontrar uma grande quantidade de entendimentos sobre a definição de princípio. Para Soares de Melo,<sup>85</sup> por exemplo, os princípios correspondem a normas de Direito natural, verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade.

Em que pese a dificuldade de uma definição clara e unívoca do conceito dos princípios gerais de Direito, Lênio Luiz Streck<sup>86</sup> entende que com o constitucionalismo principiológico, não há mais que falar-se em “princípios gerais do Direito”, pois os mesmos foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema”, pretendendo dessa forma, preservar a “pureza e a integridade” do mundo de regras. Tal

---

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Maria Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995 p. 72

<sup>84</sup> DWORKIN, op. cit., p. 72 et seq.

<sup>85</sup> MELO, José Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 178.

<sup>86</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 108 et seq.

sistema estaria apenas tentando preservar uma resistência positivista do Direito, embora mostrando-se superada com o advento da constitucionalização.

Assim, o novo constitucionalismo deve buscar na aplicação dos princípios as respostas constitucionalmente adequadas para os problemas sociais que pretende enfrentar. Dessa forma, é imperativo lembrar que o texto constitucional deve ser entendido como substancial, com todos os princípios que asseguram o Estado Social e o plus normativo que é o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido a violação de um princípio constitucional significa mais do que a violação de uma norma jurídica ordinária: significa uma ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma.

Nesse sentido também é a preocupação de Moreira Neto que entendendo ser a principal finalidade do princípio a indicação de um valor ou de um fim a ser, genericamente, alcançado, o autor define o princípio jurídico como uma norma indicativa. Assim, sendo os princípios normas portadoras de valores e fins do Direito “sua violação repercutirá de modo muito mais amplo e de forma mais grave do que a transgressão de normas preceituais, pois que estas terão sua aplicação e seus efeitos *limitados* às espécies definidas pelos legisladores.” (sic)<sup>87</sup>

Os princípios jurídicos, e por excelência, os constitucionais, são, portanto, indispensáveis e conclusivos na interpretação do Direito, pois devem dar um fecho eficaz e integrativo á interpretação de qualquer norma, superando, dessa forma a mera dogmática positivista tradicional.

Porém, embora a principiologia constitucional deva nortear e dar luz à interpretação e aplicação das regras jurídicas é no mínimo ingênuo o entendimento de que a constitucionalização de um princípio possa ser necessária e por si só, suficiente para o enfrentamento dos problemas a que se propõem. Moreira Neto, embora entendendo ser benéfica e desejável sua positivação, também deixa claro sua desnecessidade.

“Distintamente dos *preceitos*, é logicamente irrelevante se venham ou não, os *princípios*, expressados explicitamente na ordem jurídica positiva, bastando que nela o seja implicitamente. Não obstante essa desnecessidade, em teoria, a de conferir-se *positivação* a um princípio, é inegável que ao fazê-lo sempre será

---

<sup>87</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 86-87.

benéfico e desejável no âmbito da ordem jurídica...” (sic)<sup>88</sup>

Nesse sentido, fica claro que a constitucionalização do Princípio da Eficiência não é elemento fundamental para a sua eficácia, considerando inclusive, que tal princípio já se encontrava implicitamente presente na ordem jurídica; por outro lado, também se pode verificar que a sua positivação não basta para sua eficácia, ou seja, é notório que o Estado Brasileiro, ou seja, a administração pública, não se tornou mais eficiente após a constitucionalização desse princípio.

Assim, sendo os princípios, normas jurídicas que devem nortear e dar sustentação e fundamentação superior a toda interpretação do Direito, é necessário algumas observações acerca da interpretação do Direito, principalmente da hermenêutica constitucional: a forma como se interpreta e se aplica as normas jurídicas constitucionais.

A dogmática jurídica tradicional continua refém do entendimento da existência de verdades essenciais no Direito, que podem ser inteira e corretamente apreendidas pelo seu intérprete na exegese dos textos legais, por meio do processo de racionalidade dedutiva. Portanto, a interpretação, para a dogmática tradicional, se faz com a aplicação de um método dedutivo, onde acontece a subsunção do caso concreto a generalidades abstratas-universais, ou seja, a categorias significantes primordiais-fundantes, retirando dessa prática-metódica, a verdade (o exato sentido da norma) que deve ser aplicada ao caso concreto.

Porém, essa crença absoluta na exegese dogmática legalista está equivocada, pois a mesma não reflete o Direito; pelo contrário, acaba encobrendo e afastando-o da realidade do mundo fático, promovendo com isso a desconfiança e a descrença no Direito e, conseqüentemente, o próprio suicídio do positivismo, conforme García de Enterría. O autor entende que “o legalismo exacerbado matou definitivamente o positivismo! Conseqüência inesperada do predomínio formal absoluto das Leis, com o que se pensou eliminar a todas as demais fontes do Direito.”<sup>89</sup>

Com a invasão da filosofia pela linguagem aconteceu uma revolução copérnica, dando condição para a hermenêutica superar a dicotomia sujeito/objeto, onde o sujeito por um lado estava assujeitado às essências, e de outro, o sujeito de forma pretensamente independente,

---

<sup>88</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 87.

<sup>89</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid: Civitas, 2000. p. 103.

isolada e imparcial, acreditava ter condições de analisar o objeto sem nenhuma interferência e retirar dele sua essência, a verdade absoluta.

A partir do giro linguístico na filosofia, há a introdução da linguagem no pensamento filosófico como possibilidade de surgimento do sujeito e de conhecimento e interpretação do sentido e significado do mundo. A linguagem, como mediação, passa a ser a possibilidade de conhecimento do significado das coisas. Assim, conforme Streck, “conceber a linguagem como totalidade, é dizer, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem”.<sup>90</sup>

Com essa chamada revolução, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. O Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete, porque não há mais a relação sujeito-objeto. Nesse sentido Streck entende que uma hermenêutica jurídica de cariz ontológico-existencial implica uma postura de comprometimento do intérprete, pois, nesse novo paradigma, as verdades jurídicas não dependem mais de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. “Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao interprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não já como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado”.<sup>91 92</sup>

Portanto, a interpretação do Direito não se faz apenas interpretando textos, pois esses são enunciados linguísticos que precisam ser interpretados dentro dos limites de seus significados e da realidade do mundo, no caso concreto. Assim, também não se pode confundir texto e norma. As normas são resultantes (produtos) das interpretações que se faz dos textos, conjugado com a faticidade do mundo. Por isso, interpretar o Direito significa também, aplicá-lo, pois a interpretação é sempre de um caso concreto, que é único, nunca igual a outro.

---

<sup>90</sup> STRECK, op. cit., p. 179.

<sup>91</sup> STRECK, op. cit., p. 225.

<sup>92</sup> “só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete. Por isto a compreensão necessariamente será um existencial. O intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo”. STRECK, loc. cit.

Por outro lado, é extremamente importante observar, que não se pode confundir a interpretação dos textos como enunciados linguísticos, com relativismo ou poder de arbitrariedade do interprete. Conforme Lênio Streck,<sup>93</sup> o intérprete não pode dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo ao texto, sentidos arbitrários, como se texto e norma (texto e significado) fossem coisas inteiramente separadas com vida autônoma; assim, não há uma “liberdade de atribuição de sentidos”. Portanto, o intérprete ao atribuir sentido ao texto não pode arbitrariamente pretender retirar do texto aquilo que o texto não diz.

Assim, os princípios jurídicos, principalmente os constitucionais, devem dar a conclusão final à interpretação, devem fechar a interpretação, com eficácia plena e não serem entendidos como simples normas programáticas. É necessário, portanto, a superação do paradigma liberal-individualista de Direito, com uma nova postura hermenêutica, dando-se conta do novo papel que o Direito deve assumir frente o Estado Democrático de Direito, visando à efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social<sup>94</sup> histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar.

### 1.2.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, como se verá, não pode ser entendido apenas como a soma dos modelos de Estado anteriores a esse. Esse Estado não é o simples somatório das duas experiências verificadas durante os séculos XVIII e XIX; o Estado de Direito, de cariz liberal, onde o Estado passa a ser limitado e controlado pelo Direito, porém abstendo-se de qualquer intervenção nos problema sociais e econômicos dos indivíduos e da sociedade, e o Estado Social, que assume uma posição intervencionista na sociedade e nas suas relações econômicas, porém não consegue resolver as questões relacionadas à legitimidade do Estado e de suas ações.

O Estado Democrático de Direito é um modelo que respeita os Direitos proclamados pelos dois momentos históricos anteriores, mas impõe uma interpretação do Direito e do papel do Estado com base nos compromissos constitucionalmente assumidos, de forma democrática e legítima, num processo de repactuação social, tendo o povo como soberano nas decisões dos

---

<sup>93</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Diferencia (ontológica) entre texto y norma: Alejando el fantasma del relativismo*. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40) Acesso em: 01 jul. 2010.

<sup>94</sup> Mas não só pela dívida social historicamente negligenciada pelo Estado Brasileiro, mas também, porque a sociedade e o Estado precisam evoluir efetivamente, incorporando no próprio conceito de Estado o seu compromisso com os Direitos Humanos, fortalecendo assim, a possibilidade da construção da emancipação cidadã de todos os indivíduos. Dessa forma, é possível se falar efetivamente num Estado Constitucional. Um Estado Constitucional é um Estado pactuado por todos os seus cidadãos, de forma minimamente justa e solidária; assim, como o fundamento último do Estado deve ser cuidar desses “todos” cidadãos.

rumos que o Estado e a sociedade deve assumir e seguir. O Estado Democrático de Direito tem assim, a missão de manutenção, porém também de superação, do modelo que limita e controla os poderes do Estado através do Direito, pois, compromissado com a dignidade da pessoa humana, consubstanciados na Constituição, como direitos fundamentais de caráter universal, bem como, compromissado com a soberania popular, substancialmente efetivada, superando a mera participação do povo em momentos periódicos de eleições de seus representantes; embora sendo esse, um dos elementos fundamentais da democracia.

Nesse sentido, conforme de Moraes, o Estado Democrático de Direito tem a característica não só de dar sustentação do próprio Estado de Direito, mas de ultrapassá-lo no sentido de sua correção, o que também acontece em relação ao Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista. Esse ultrapassar impõe à ordem jurídica e a atividade desenvolvida pelo Estado Democrático de Direito, um conteúdo que tem por finalidade a transformação da realidade até então existente, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, “a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”.<sup>95</sup> Assim, o Estado Democrático de Direito conforma e necessita para a sua formação, tanto dos conceitos de Estado Social e de Estado de Direito, como o de Democracia.

#### 1.2.3.1 Democracia

Etimologicamente pode-se dizer que a palavra democracia é formada pela composição de duas outras que tiveram a sua origem na Grécia antiga, *demo* (que significa povo) e *kracia* (que significa governo, ou autoridade). Assim, democracia é o governo ou poder do povo. Essa definição etimológica, portanto literal do termo democracia, nos dá o ponto de partida para a compreensão do seu conceito.

É fundamental para a correta compreensão, a clareza de que a democracia que vivemos nos dias atuais é muito distinta da democracia grega. Primeiro porque as cidades antigas eram muito pequenas, com seus cidadãos vivendo simbioticamente com ela, praticamente ligados a ela, portanto, com condições muito mais favoráveis para a prática da democracia direta, baseada na participação direta do cidadão na decisão das questões da *pólis*. Segundo, porque o próprio sentido de democracia dos homens modernos é diferente daquele antigo: durante todo esse tempo muitas foram as alterações de sentido e compreensão dos valores e princípios que a sociedade deve conservar e defender. Idéias como liberdade,

---

<sup>95</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p.67 et seq.

igualdade, humanismo, dignidade humana, Estado e outras não eram compreendidas no mesmo sentido como são nos dias atuais.

Por outro lado, não se pode esquecer que após a experiência da democracia direta na antiguidade, durante mais de dois mil anos, o termo democracia praticamente não foi mais usado, tendo perdido completamente qualquer conotação elogiosa. Conforme Sartori, somente em meados do século XIX é que foi possível passar da germinação do ideal de democracia para a sua realização, quando começa a se materializar a soberania popular como um elemento positivo que faz parte da construção do processo político.<sup>96</sup>

É por esse motivo, também, que Sartori, analisando a radicalidade de diferenças entre democracia direta e indireta, bem como da democracia dos antigos e da democracia atual, entende que “nessa justaposição, a democracia direta permite a participação contínua do povo no exercício direto do poder, ao passo que a democracia indireta consiste, em grande parte, num sistema de limitação e controle do poder”.<sup>97</sup> Nesse sentido é que o autor entende que nas democracias atuais, existem os que governam e os que são governados; há o Estado de um lado, e os cidadãos do outro; há os que lidam com a política profissionalmente e os que se esquecem dela, exceto em raros intervalos, principalmente nos períodos eleitorais.

Dessa forma, é necessário concluir que a democracia baseada na participação pessoal e direta somente é possível em algumas ocasiões específicas; quando essas condições não existem, a participação do cidadão é feita de forma indireta, ou seja, tem-se então, a democracia representativa como única forma possível dela ser exercida.

Porém, se a democracia é o governo ou o poder do povo e esse não consegue exercê-lo de forma direta, que sentido teria o termo “povo” nesse contexto, ou seja, como entender o termo “povo” para fins de compreensão da democracia. Para o Sartori esse termo deve ser entendido como uma regra de contagem, ou seja, a decisão da maioria do povo é soberana, portanto, o poder da maioria. Porém, essa maioria deve estar submetida ao princípio da maioria limitada, ou seja, nenhum direito das majorias pode ser ilimitado, mas sim, restringido, limitado pelo direito, também, das minorias. “Na verdade, “poder da maioria” é apenas uma fórmula condensada para poder *limitado* da maioria, para um poder restrito da

---

<sup>96</sup> SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. Vol II: Questões Clássicas*. São Paulo. Editora Ática, 1994. p. 49.

<sup>97</sup> SARTORI, op. cit., p. 37

maioria que respeita os direitos da minoria”<sup>98</sup>. Assim, o “povo” é compreendido a partir dessa limitação, na sua composição entre maiorias e minorias, portanto, o poder nunca pode ser todo das maiorias, mas sim, limitado aos respeitos aos direitos das minorias.

Nesse sentido é que Canotilho também reconhece que um dos suportes inalienáveis da democracia é o princípio da maioria, porém isso não pode significar domínio da maioria de forma absoluta para todas as suas pretensões. “O *direito da maioria* é sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias”.<sup>99</sup>

Portanto, essa limitação dos poderes da maioria é uma característica fundamental da democracia. Se assim não fosse não poderia ser caracterizada, esse regime de governo, de democrático, pois, não seria democracia, e sim, uma ditadura da maioria. É nesse sentido que Guglielmo Ferrero destaca a importância da oposição nos regimes democráticos, ao dizer que “Nas democracias, a oposição é um órgão de soberania popular tão vital quanto o governo. Suprimir a oposição é suprimir a soberania do povo”.<sup>100</sup>

Como não vivemos mais na *polis* grega, mas naquilo que os gregos entendiam como sua própria negação, a *megapolis*,<sup>101</sup> a democracia não é mais direta como era na “cidade comunidade” da antiguidade de Atenas, mas sim, representativa. Dessa forma, o princípio da maioria é uma fórmula utilizada nas eleições dos representantes e não, necessariamente, na tomada direta de decisões. O procedimento de decisão pela maioria é observado no contexto eleitoral, decidindo quem vai decidir, e não para a própria decisão nas questões políticas concretas. Assim, com a eleição os vencedores passam a representar o povo e com isso, tomam as decisões como representante deste.

Assim, nas democracias modernas, a limitação dos poderes das maiorias é conjugado com sistemas e procedimentos eleitorais para a escolha dos representantes do povo nas instâncias de governo dos Estados. Na democracia não há poder absoluto de quem decide – mesmo tendo sido escolhido de forma legítima e representando a maioria – ninguém pode se autoproclamar governante ou representante do povo, ninguém pode pretender poder irrevogável ou vitalício.

---

<sup>98</sup> SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. Vol I: O debate contemporâneo*. São Paulo. Editora Ática, 1994. p. 53.

<sup>99</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 329.

<sup>100</sup> FERRERO, Guglielmo. *Il potere*. Milano, Comunitá, 1974. p. 217.

<sup>101</sup> SARTORI, op. cit., p. 46.

Nas modernas democracias representativas as decisões políticas no nível macro se encontram fora, ou muito longe da competência individual de cada cidadão. Elas são tomadas por alguém em nome de outros, pelo representante em nome dos representados. Esse tipo de tomada de decisões é definido por Sartori como decisões coletivizadas, diferente das decisões coletivas, onde as decisões são tomadas por muitos ou por todos os membros do grupo sobre quem recairá a decisão. Nas decisões coletivizadas quem decide, decide em nome de todos, ou seja, as suas decisões recaem sobre todos, mas não são todos que decidem.<sup>102</sup>

Embora Sartori apresente a possibilidade de tomada de decisões de outras formas, como o que denominou de comitês,<sup>103</sup> que seriam grupos pequenos, que poderiam variar de três a trinta pessoas, onde as decisões seriam tomadas por todos e, via de regra, por unanimidade, o autor recorre ao modelo representativo para solucionar ou, ao menos, amenizar os problemas contingenciais, pois entende não ser possível se pretender “entender a política sem qualquer compreensão dos riscos e custos”<sup>104</sup>.

Porém, como ensina Canotilho, a democracia constitucionalmente consagrada não consiste apenas num modelo de escolha de quem governa, por parte dos governados, “pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ela aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”.<sup>105</sup>

Essa compreensão sugere a existência de objetivos e finalidades do Estado que devem ser buscados e alcançados através do desenvolvimento democrático dos poderes e ações do próprio Estado. Por isso, quando se analisa as características fundamentais da democracia e do princípio democrático, é imprescindível compreender a intrínseca e insuperável relação que há entre a democracia e o Estado de Direito, ou seja, entre um Estado Democrático e um Estado de Direito.

#### 1.2.3.2 Estado de Direito

Acredita-se não haver muitos problemas quanto a uma delimitação do que possa ser entendido como sendo um Estado de Direito. Pode-se defini-lo como sendo aquele em que o

---

<sup>102</sup> SARTORI, op. cit., p. 289.

<sup>103</sup> SARTORI, op. cit., p. 304-305.

<sup>104</sup> SARTORI, op. cit., p. 329.

<sup>105</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 288.

poder é exercido de forma limitada pelo ordenamento jurídico vigente, dispondo, principalmente, de um lado, a forma de atuação do Estado, suas funções e seus limites; e de outro, as garantias e os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, tanto o Estado, como os cidadãos deste, estão submetidos à ordem jurídica do Estado, ou seja, ao Direito vigente. Dessa forma, o princípio básico fundamental do Estado de Direito é a proibição de qualquer forma de arbítrio no exercício dos poderes públicos instituídos, bem como a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos perante esse mesmo Estado.

Canotilho, ao analisar o Estado de Direito, propõe uma análise inversa, ou seja, a compreensão do que seria um Estado de Não Direito.<sup>106</sup> Para isso, o autor entende que três idéias bastam para a caracterização do que seria um Estado de não Direito: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; (2) é um Estado em que o Direito se identifica com a “razão do Estado” imposta e iluminada por “chefes”; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do Direito”.<sup>107</sup> Dessa forma, num Estado de não Direito, ele, o Estado, se entende desvinculado de qualquer limitação jurídica para as suas ações e pretensões, enquanto que para o indivíduo não reconhece nenhuma esfera liberdade e proteção jurídica.

As instituições totalitárias são demonstrações de negação do Estado de Direito no sentido que se entende contemporaneamente, ou seja, seriam Estados de Não Direito, principalmente se tivermos a pretensão da conjugação de Estado de Direito, com um Estado Democrático. Os exemplos podem ser encontrados nos regimes nazi-fascistas, onde o Estado não era limitado pelo Direito, pelo contrário, as “razões de Estado” eram transcendentais ao Direito. Nos Estados totalitários como os nazi-fascistas, os direitos dos indivíduos firmados na dignidade da pessoa humana eram obrigados a ceder espaço aos “interesses de Estado”. Nesses casos, o Estado é encarado como uma realidade que se auto-justifica, não necessitando de legitimação, muito menos, uma legitimação democrática.

Assim, aquelas instituições totalitárias, como as nazi-fascistas são exemplos da antítese do Estado de Direito, caracterizando-se como Estado de Não Direito, da ausência de uma realidade de Direito. Não que o Estado se compreendesse na situação de não Direito,

---

<sup>106</sup> Para os limites desse trabalho, não será analisado com mais profundidade esse conceito, limitando-se nos conceitos e exemplos utilizados por Canotilho, como o objetivo de apresentar o seu contraponto, ou seja, o Estado de Direito.

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito – Cadernos Democráticos*. Lisboa. Editora Grávida. 1999.

pois se entendiam sob o manto do “Estado de Direito Fascista” ou um “Estado de Direito Nazista”, Os Estados nazi-fascistas, compreendiam-se viver sob uma ordem jurídica vigente, ou seja, um “Estado legal”, porém, essa legalidade era, tão-somente, o “Direito do Estado”.

No Estado de Não Direito falta, portanto, além da legitimidade desse Estado para editar leis, a sua própria subordinação às leis que edita. Nesse sentido, Gustav Radbruch entende que no Estado de Direito, cabe ao Estado, e somente a ele, por questões de garantia e segurança jurídica, a criação e edição de leis, bem como sua final interpretação e aplicação no sentido interpretado. Porém, esse mesmo Direito criado pelo Estado deve ser o seu limitador, ou seja, o Estado deve estar subordinado as suas leis.

Mas, se esta garantia de segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o Direito, é conveniente agora notar que são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder. Efectivamente, só por via da obrigatoriedade de suas leis e da certeza dessa obrigatoriedade, é que o Estado tem o poder legislativo.<sup>108</sup>

Portanto, a promessa e a expectativa de que o Estado também se sujeitará e cumprirá as leis que legislativamente pode criar, é que lhe dá essa condição de fundador e criador do Direito, num Estado de Direito. Assim, o Estado sujeitado e limitado pelo seu próprio Direito.

Porém, a própria capacidade criativa do Direito ao qual o Estado também se sujeitará, precisa estar amparada e limitada por regramento e critério próprio, para que possa ser compreendido como o Direito de um Estado de Direito. Entre esses critérios está a separação dos poderes de Estado, fazendo com que, em regra, o poder que aplica o Direito no Estado, não seja o mesmo que o criou, o que tem a última palavra na sua interpretação. Caso contrário, tem-se um simulacro de Direito, e um Estado de Não Direito.

Canotilho, na sua análise sobre a tentativa da *perestroika* de formação de um Estado de Direito, destaca o que lhe faltou e, ao mesmo tempo, cita o que entendo por essencial de um Estado de Direito: “a separação de poderes, a garantia de direitos e liberdades, o pluralismo político e social, o direito de recursos contra abusos de funcionários, a subordinação à lei constitucional, a fiscalização da constitucionalidade das leis”.<sup>109</sup>

Inversamente ao Estado de Não Direito, o Estado de Direito como forma de

---

<sup>108</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de Luis Cabral Moncada. Coimbra, Armênio Amado Editor. 6. ed. 1997. p. 355.

<sup>109</sup> CANOTILHO, op. cit.

organização política e jurídica, se sedimentou progressivamente, num paradigma jurídico, político, cultura e econômico, alicerçando-se nos Estados ocidentais, conforme as condições e circunstâncias concretas de vários países europeus e americanos. A Inglaterra forjou a ideia da regra do Direito (*rule of law*), a França produziu a exigência de um Estado de legalidade (*État légal*), a Alemanha construiu a ideia do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), e os Estados Unidos criou o Estado constitucional.

O Estado de Direito identifica-se, assim, com a consolidação dos ideais liberais burgueses.<sup>110</sup> Tais ideais conseguiram institucionalizar-se e serem levados a efeito no modelo de Estado Liberal, caracterizado para dar conta às pretensões de submeter o Estado aos critérios próprios do Estado de Direito, ou seja, vinculado e pautado à lei.

Dessa forma, o Estado de Direito, de cunho liberal é, portanto, caracterizado principalmente, pela limitação do poder do Estado, e nesse caso, submetido aos limites legais, e o respeito aos direitos de liberdade do indivíduo. Assim, foi da oposição travada, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do Estado monárquico, que nasceu a noção do Estado de Direito.

Modernamente, a noção de Estado de Direito está relacionada ao Estado Constitucional. Conforme Canotilho, essa ideia “pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”.<sup>111</sup> Portanto, uma ordem jurídica dotada de supremacia, a supremacia constitucional.

O Estado de Direito Constitucional, dessa forma, é guiado por uma série de princípios e subprincípios que o norteiam. Entre esses, destacam-se o princípio da legalidade na administração pública, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção jurídica e das garantias

---

<sup>110</sup> A submissão do Estado ao Direito é resultado das revoluções burguesas do século XVIII. Tais Revoluções surgiram e ganharam força por oposição ao absolutismo, com o objetivo de submeter o Estado, através de seus governantes à vontade e aos limites da lei. A conquista e manutenção da liberdade individual, em oposição ao poder absoluto do Estado, foram as grandes bandeiras do liberalismo. Tais objetivos já eram preconizados por Locke, ao defender que: “(...) quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade” LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 94

<sup>111</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 245-246.

processuais.<sup>112</sup>

Assim, pode se entender que as características mais importantes do Estado de Direito são: o primado da Constituição como norma fundamental norteadora e limitadora do Estado e garantidora dos direitos do cidadão, a unidade e integridade do ordenamento jurídico dentro de um Estado nacional soberano, a divisão dos poderes do Estado, a igualdade dos cidadãos perante a lei, o reconhecimento da inalienabilidade dos direitos fundamentais civis, políticos, sociais e culturais.

Portanto, contemporaneamente, os princípios e valores que alicerçam um Estado subordinado ao Direito é a do Estado Constitucional de Direito Democrático e Social.

### 1.2.3.3 Estado Social

Após um processo de consolidação do Estado de Direito, submetendo, portanto, o próprio Estado ao Direito como uma de suas principais características e fundamentos, afloraram novas versões desse mesmo Estado, sem, contudo, perder as condições de ser um Estado de Direito. O Estado de Direito, na consolidação dos ideais liberais, que se consubstanciaram, principalmente nas características de liberdade ao cidadão e limites e controle legal sobre o Estado, assentou um modelo formalista de legalidade, a serviço dos interesses da burguesia emergente daquele período histórico.

Assim, o Princípio da Legalidade, contendo a afirmação da liberdade individual como regra geral a ser observada pelo Estado, era a grande fonte de todas as obrigações de um Estado de Direito. A lei passou a vincular o Estado, que passou a não poder exigir, por parte dos indivíduos, condutas que não estivessem formalmente previstas em lei. Essa mesma lei também submetia as funções do Poder Judiciário, impedindo-o de impor sanções, sem a sua expressa tipificação legal.

Vê-se, portanto, que a igualdade formal, principalmente perante a lei e o Estado, é o princípio informador do Estado de Direito de cunho liberal, pois a criação das leis, sua interpretação e aplicação, devem ser iguais para todos os indivíduos, proibindo dessa forma o arbítrio do Estado, considerando todos os seus poderes constituídos, contra o cidadão.

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 256 et seq.

O Estado de Direito, conforme Canotilho<sup>113</sup>, traduzido do *Rechtsstaat*, do Direito alemão, apareceu inicialmente no século XIX, dentro do constitucionalismo alemão, tendo como características um Estado liberal, limitado à defesa da ordem e segurança públicas; sem qualquer intervenção nas questões econômicas e sociais ficando estas sob o domínio dos mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência; a garantia dos direitos fundamentais decorrentes do respeito de uma esfera de liberdade individual, sendo a liberdade e a propriedade direitos inalienáveis do indivíduo, podendo tais direitos somente sofrer eventual intervenções por parte da administração quando isso fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular; a limitação do Estado pelo Direito teria de estender-se-ia ao próprio governante, estando este submetido, da mesma forma, ao império da lei; e os poderes públicos, deveriam atuar nos limites impostos pela lei, nas áreas de defesa e segurança públicas, respeitando dessa forma, os princípios da legalidade, da liberdade individual e da propriedade privada<sup>114</sup>.

Porém, novos ideais e novos interesses passaram a exigir uma nova conformação do então Estado de Direito. Tais interesses, oriundos principalmente de parte da classe operária, por ocasião da Revolução Industrial e da criação e expansão de núcleos urbanos, que passaram a produzir e a demonstrar graves desigualdades na nova realidade social que emergia, passou a exigir do Estado novas atuações que não estavam presentes nos ideais liberais originários. Essa nova realidade, conjugando necessidades, interesses, e uma nova exigência de atuação do Estado, produziu pretensões materiais de igualdade que até então não se mostrava presente na igualdade meramente formal, típica do modelo liberal.

Portanto, a liberdade negativa, garantida pelo Estado de Direito, de cariz liberal, já não bastava para atender as novas demandas que se impunham ao Estado. O que faltava para que o Estado fosse além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era a sua atuação com um caráter igualitário e democrático, a busca de satisfazer um ideal que pretendia a

---

<sup>113</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 96-97.

<sup>114</sup> É nesse sentido que Paulo Bonavides, ao analisar o Estado de Direito como guardião das liberdades individuais ensina que este sofreu grande influência da classe burguesa, principalmente quando da Revolução Francesa de 1789. “A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004. p. 42

equalização econômica e a disponibilidade de oportunidades a todos os indivíduos. Com isso, o Estado sofreu uma forte tentativa de alteração, através do que se chamou de Estado Social. O Estado Social representou uma profunda transformação estrutural em comparação ao Estado de Direito liberal.

Não obstante, é importante salientar que o Estado Social, embora tivesse a pretensão de alterações estruturais em favor de uma igualdade substancial, sempre manteve a sua adesão ao sistema capitalista, jamais se afastando de seu ideário inicial, em relação à manutenção dos direitos à liberdade individual formal, e o direito a propriedade privada.

Conforme Ferreira Filho<sup>115</sup>, o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição Francesa de 1848. Depois outras duas Constituições se destacaram por tal pioneirismo, a Constituição mexicana de 1917, que prescrevia alguns direitos sociais, e a Constituição alemã de *Weimar (1919)*, que instituiu novos parâmetros para o Estado, marcado pelo espírito social, como os direitos relativos à educação, a propriedade, o trabalho, a previdência social e outros. Assim, o Estado Social caracteriza-se pela afirmação dos direitos econômicos, e pela busca da concretização dos objetivos da justiça social, tais pretensões de conformação do Estado foram denominadas de *Welfare State*.

Dessa forma, surgiram as novas versões e desdobramentos do Estado de Direito, passando de um Estado de Direito versado no modelo liberal burguês – tendo a liberdade formal do cidadão, e o afastamento, controle e limitação legal imposta sobre o Estado – para o Estado social ou de bem-estar-social – pautado por fins e aspectos materiais, até então ausentes das exigências ao Estado – e depois, para o Estado Democrático de Direito, acrescentando ao Estado a necessidade de sua legitimação, através de um processo de participação do cidadão de forma mais ampla possível, consubstanciado na democracia moderna. Portanto, o Estado Democrático de Direito tem seu fundamento na soberania popular.

---

<sup>115</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45

#### 1.2.3.4 Estado Democrático de Direito

Como se pode ver, apenas o Estado de Direito, no seu sentido formal, não conseguiu evitar o surgimento e manutenção por muito tempo de instituições totalitárias; impedir a ocorrência de duas grandes guerras mundiais; e evitar o flagelo da miséria, da intolerância e da perversidade.

Da mesma forma, o Estado Social, embora tenha significado um grande passo evolutivo da sociedade, também não conseguiu resolver o problema da profunda concentração do poder político, muitas vezes exercidos através de regimes políticos ilegítimos, de cunho totalitário ou despótico. Dessa forma, o Estado Social, não conseguiu ser suficiente para atender um essencial fundamento da estrutura política do Estado, a soberania popular. Por isso, foi necessário avançar para além do conceito do Estado de Direito, agregando um elemento indispensável: a democracia como requisito fundamental à legitimidade do Estado, surgindo assim o Estado Democrático de Direito.

O novo Estado de Direito que surge dessas mazelas individuais e sociais, tem a necessidade de estar articulado e ser exercido em termos democráticos. Essa articulação entre o Direito e o poder do Estado, passou a necessitar a subordinação ao domínio da legitimidade. Assim, o moderno Estado constitucional significa que o Estado deve ser organizado, exercido e submetido à ordem democrática.

Vários são os aspectos que podem ser citados como necessários, quando se pretende explicar o conceito de Estado Democrático de Direito. Loewenstein, com esse objetivo, afirma que:

“la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatários del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”<sup>116</sup>.

O principal aspecto do Estado Democrático de Direito estaria, dessa forma, nas formas de distribuição do poder do Estado entre os seus detentores e nos mecanismos de controle político desse poder, por parte dos destinatários desse mesmo poder. Ou seja, o poder que os

---

<sup>116</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: editorial Ariel, 1976. p. 149.

detentores possuem deve ser, de forma balanceada, distribuído e controlado pelo povo, verdadeira fonte do poder político instituído.

Na abordagem da questão relacionada à distribuição e controle do poder estatal por parte do povo, quando se pretende tratar de um Estado Democrático de Direito, mostra-se fundamental e implicitamente presente, aspectos como a exigência de que essa distribuição e controle devem ser regidos por normas democráticas, previamente estabelecidas, com eleições periódicas e livres e de abrangência universal.

Porém, embora a distribuição e o controle do poder político seja um elemento fundamental para a caracterização do Estado Democrático de Direito, há outros que precisam ser efetivados, pois considerando a distribuição e controle desse poder, por meio do sufrágio periódico e universal, a soberania popular estaria limitada a mera escolha dos governantes, ou seja, a delegação de poderes por parte dos representados para seus representantes, o que na vida cotidiana do poder pode significar um distanciamento entre o representante e os representados de forma irreparável e prejudicial, o que, inevitavelmente, deturparia a essência da ideia de democracia.

A soberania popular somente pode ser exercida na sua plenitude com uma ampla e efetiva participação do povo nas questões que envolvem o Estado, ou seja, as coisas públicas. Portanto, a participação não pode ficar limitada a simples escolha dos representantes, nos períodos de eleições. Substantivamente, o exercício da soberania popular somente se efetiva quando exercida de forma autêntica, concreta e legítima, por meio da participação democrática do povo, tanto nos mecanismos de escolha dos representantes como também, fundamentalmente, nos mecanismos de criação e controle das decisões políticas, em todos os aspectos e variações possíveis.

É por isso que para Canotilho,<sup>117</sup> o princípio da soberania popular tem várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) *o domínio político*, que não pode ser simplesmente pressuposto ou aceito passivamente, precisa de justificativa, necessita ter legitimidade; (2) a *legitimação* desse domínio político, que somente pode ter uma fonte de derivação, qual seja, o próprio povo. Essa legitimação não pode derivar de qualquer outra instância que não seja o próprio povo, tal como uma ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, etc. Só o povo possui poder real de onde origina a legitimação do domínio

---

<sup>117</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 292.

político; (3) o *povo* que é, ele mesmo, e somente ele, o titular da soberania ou do poder político, o que significa que o poder do povo é diferente de outras formas de poder “não populares”, como poderes da monarquia, de classes ou castas sociais privilegiadas;<sup>118</sup> (4) a *soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, e eficazmente vincula o âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; (5) a *Constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.

Assim, as dimensões da soberania popular descritas por Canotilho, são formas de manifestação da mesma, bem como necessárias para a viabilização concreta do princípio do Estado Democrático de Direito, este, como informador do Estado e da sociedade.

Nesse sentido, Morais elenca os seguintes princípios do Estado Democrático de Direito: (a) Constitucionalidade, vinculado o Estado Democrático de Direito à uma Constituição, como instrumento básico da garantia jurídica; (b) Organização Democrática da Sociedade, com atores sociais emergentes, somando-se aos mecanismos tradicionais da democracia; (c) Sistemas de direitos fundamentais individuais e coletivos, com o Estado comprometido com a defesa do respeito e garantia da dignidade da pessoa humana, bem como, da defesa da garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; (d) Justiça social, como mecanismo de correção das desigualdades; (e) Igualdade material, como articulação de uma justiça social; (f) Divisão dos poderes ou funções do Estado; (g) Legalidade, como medida do direito, com regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio; (h) Segurança e Certeza Jurídicas<sup>119</sup>.

É por isso, que quando o Estado agrega o caráter democrático, assumindo a feição de Estado Democrático de Direito, já não lhe basta o modelo do Estado de Direito que limita e regula a atuação estatal, nem o modelo de Estado Social que adapta melhorias às condições sociais existentes; ele objetiva a superação desses modelos, assumindo, principalmente com o

---

<sup>118</sup> Significa também a necessidade da legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação. Dele vem a legitimação e a ele deve se reconduzir.

<sup>119</sup> MORAIS, op. cit., p. 75.

princípio da igualdade material, a pretensão da transformação da realidade na busca de uma efetiva justiça social.

Nesse sentido é fundamental a compreensão de que o Estado Democrático de Direito somente pode ser considerado como efetivado quando se mostram presentes – mais do que nos compromissos que o mesmo assume, mas nas suas ações concretas – o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos de forma universal. Assim, o Estado Democrático de Direito se realiza com a institucionalização do poder popular de forma soberana, utilizando mecanismos, não somente formais, mas materialmente legítimos para esse exercício democrático, na busca da concretização de uma sociedade justa e solidária, que respeite, proteja e garanta a dignidade da pessoa humana, através da realização material dos direitos fundamentais. É nesse sentido que Streck, entende que:

“O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”<sup>120</sup>.

Portanto, nesse entendimento, o Estado Democrático de Direito, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais, compromete-se a garantir a efetivação de uma vida minimamente digna à universalidade dos cidadãos, pois portador do compromisso constitucional de realização efetiva do Estado Social.

Assim, resta claro que o Estado Brasileiro, por meio do pacto constitucional travado na conjugação das forças sociais atuantes, optou pela superação tanto do Estado Liberal de Direito – que se institucionalizou após o triunfo da burguesia sobre a classe privilegiada do antigo regime – bem como do Estado Social de Direito – onde o Estado toma uma postura de abandono da posição abstencionista, passando a intervir nas relações sociais e econômicas da sociedade, passando a ter um papel decisivo na produção e distribuição de bens – para a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito.

Na opção desse modelo, a Constituição, compromissada com a realização dos direitos fundamentais, consubstanciado numa postura dirigente visando implementar na sociedade níveis reais de igualdade, tanto individual como socialmente, passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar as ações do Estado no objetivo de concretização das funções

---

<sup>120</sup> STRECK, op. cit., p. 35.

sociais impostas ao Estado e ainda não cumpridas. Assim, a Constituição Democrática deve informar, dirigir e instrumentalizar as ações do Estado, através da Administração Pública institucionalizada.

Dessa forma, todas as ações, estatais ou sociais informadas e dirigidas pelo Estado, devem ser norteadas por esses princípios balizadores dos rumos a serem seguidos e perseguidos. Assim, os princípios do Estado Democrático de Direito, compromissados com a dignidade da pessoa humana, e a concretização efetiva dos direitos fundamentais, devem ser o fecho eficaz, dando a conclusão final na interpretação de todos os demais princípios e normas constitucionais ou legais do sistema jurídico brasileiro. Portanto, como já dito anteriormente, a interpretação e aplicação do Direito, constitucional e infraconstitucional, deve assumir um novo papel frente ao Estado Democrático de Direito, visando à efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar.

Não pode ser diferente, portanto, quando se compreende, se interpreta e se aplica os princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública do Estado Brasileiro. Assim, o Princípio da Eficiência deve ser compreendido e aplicado a partir dessa interpretação, ou seja, norteado e informado pelos princípios assumidos e compromissados pelo Estado Democrático de Direito.

#### **1.2.4 Princípio da Eficiência**

A forma da presença e intervenção do Estado na sociedade tem-se mostrado ser assunto de muitas e variadas posições, fazendo com que o Estado passe por várias transformações e assumia, com isso, as mais variadas feições, desde um maior comprometimento social (Estado Democrático-Social), a um maior liberalismo (Estado Liberal) e vice-versa. Essa variação de posição e comprometimento conduz também a uma variação na constituição da própria forma e composição administrativa da máquina estatal: ora maior, mais centralizada e burocrática, ora menor, mais descentralizada e flexível.

A sociedade moderna e, ora globalizada, exige do Estado, por um lado, uma crescente proteção social de seus cidadãos, frente a uma perversa lógica da economia liberal de mercado que privilegia os mais fortes e concentra a renda, produzindo com isso, uma imensa massa de

excluídos e necessitados de proteção; e por outro, quer um Estado reduzido e enfraquecido, oportunizando uma cada vez maior presença do mercado em assuntos que antes eram do próprio Estado.

Essa “necessidade” da redefinição do papel do Estado, embalados pelos ventos neoliberais que varreram o mundo no final do milênio passado, também atingiu o Brasil, ficando, nessa perspectiva, ao Estado as atividades de interesse público essenciais como a saúde, assistência social, educação e outras que devem ser desenvolvidas de forma isolada ou subsidiária com a iniciativa privada; ficando as demais, que são economicamente exploráveis, ao mercado, devendo o Estado apenas ingerir e exercê-las de forma suplementar, quando deficientes.

Esse novo paradigma fez com que o Estado Brasileiro, também passasse por reformas que foram propostas principalmente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, proposto pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado – MARE, aprovado em 21 de setembro de 1995, que objetivava tornar a administração pública mais eficiente.<sup>121</sup> Uma das consequências do plano diretor da reforma do Estado foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu, entre outras alterações, o Princípio da Eficiência no rol dos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública, a par dos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, que já constavam na Constituição Federal Brasileira, desde sua promulgação, em 1988.

Pode-se afirmar, numa forma muito simplificada, porém não incorreta, que a eficiência determina o alcance de um resultado maior (tanto no sentido quantitativo como qualitativo) com menor custo, ou seja, fazer mais e melhor com menos. Não significa necessariamente, a redução dos recursos econômicos disponíveis para a busca de determinado resultado, mas sim, o alcance de um maior e melhor resultado com os recursos econômicos que se dispõe.

---

<sup>121</sup> Embora, mereça destaque que essa não foi a primeira tentativa de desburocratização na história da Administração Pública brasileira. Em julho de 1979 foi instituído o “Programa Nacional de Desburocratização”, que teve como objetivo a simplificação e a implementação de uma maior dinâmica no funcionamento da Administração Pública Federal (embora o programa tivesse por objeto a Administração Federal, o mesmo teve adesão de grande parte dos Estados-membros e dos grandes municípios do país). As metas desse programa eram: reduzir a interferência do Governo nas atividades desenvolvidas pela iniciativa privada, e melhorar o atendimento aos usuários dos serviços públicos. Na ocasião foi criada a “Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa, tendo, inclusive surgido a figura do Ministro da Desburocratização. Ainda em outubro de 1964 foi instituída a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa – COMESTRA; os estudos realizados por essa comissão tiveram influência na elaboração do Decreto-Lei 200/1967. In: BRASIL. *Programa Nacional de Desburocratização*. Brasília: Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa – SEMOR, 1982.

Porém, dentro da lógica liberal, eficiência do Estado significa fazer mais com menos, ou seja, defende um Estado pequeno, “enxuto”, voltado somente para aquelas funções que efetivamente não podem ficar totalmente a mercê da iniciativa privada. Por outro lado, numa visão mais social não é possível dizer que o Estado tem que ser pequeno e de costas para as necessidades fundamentais da população, ao contrário, o Estado precisa ter condições econômicas e estruturais para responder as demandas sociais que a realidade social lhe impõe.

Assim, um Estado socialmente comprometido, mais forte, com mais condições de responder às necessidades básicas da população, não significa necessariamente estado ineficiente e o contrário também é verdadeiro: o Estado pode ser suficientemente capaz, com estrutura e condições econômicas para atender as demandas sociais, principalmente, considerando as demandas do Estado Brasileiro, que tem uma imensa dívida social, cuja Constituição comprometeu-se em resgatar, ou seja, um efetivo compromisso com saúde, educação, assistência social e tantas outras necessidades básicas da população, que pudessem proporcionar uma emancipação cidadã, e mesmo assim, ser eficiente. Por outro lado, o Estado pode ser extremamente pequeno, voltado inteiramente aos desejos do capital e da iniciativa privada, e ser ineficiente.

#### 1.2.4.1 Um Estado Eficiente

Por isso, é fundamental que se tenha presente que objeto se está a analisar. Quando se fala em eficiência, no sentido amplo, pode se estar falando, entre outros aspectos, de eficiência administrativa, econômica e técnica. Dessa forma, a verificação da eficiência precisa considerar tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos, para demonstrar a real utilidade do serviço para os seus titulares e usuários. Assim, quando falamos de eficiência, precisamos, em primeiro lugar, saber se na sua avaliação é necessária a verificação de sua eficiência também no aspecto qualitativo, ou nos basta o atingimento da eficiência quantitativa. Assim, é preciso indagar: basta o resultado da equação: “mais por menos”, ou de “mais e melhor, pelo menos possível”.

Respondidas as questões quanto aos aspectos quantitativos e qualitativos, é necessário lembrar a quem interessa essas respostas. A quem interessa que os serviços sejam prestados da forma mais econômica, com maior eficiência? Se a resposta a essas questões atingir uma parcela dos interessados, ou seja – se a resposta for no sentido de em se tratando da administração pública – uma parcela de pessoas, poderíamos dizer que a administração

pública deve ser eficiente para atender os interesses daqueles que dela fazem parte, ou dela de alguma forma tiram proveito, seja diretamente ou indiretamente; como por exemplo, a nefasta questão do patrimonialismo, conforme anteriormente estudado. Dessa forma teremos uma máquina pública que é eficiente, para uma parcela de pessoas, que usam dessa eficiência estatal de forma ilegítima e nefasta, preocupados unicamente com o interesse próprio.

Porém, nem só dessa forma usurpada é que uma parcela de pessoas pode fazer uso dos serviços prestados pelo Estado de forma eficiente. O Estado pode prestar serviços de forma extremamente eficiente, tanto no aspecto da qualidade, quanto da eficiência econômica, e tais serviços atenderem apenas a uma parcela da população. Exemplo disso poderia ser uma boa unidade de saúde pública, onde os serviços sejam prestados com ótima qualidade, porém, com capacidade de atendimento limitado a uma pequena parcela dos necessitados. Nesse caso, teremos um atendimento eficiente, cujo recebimento daquele serviço por parte da população é legítimo, porém deficitário em relação ao alcance do número de pessoas que necessitam desse atendimento, ou seja, de usuários que tem acesso a esse eficiente serviço público.

Pode-se, ainda, concluir que os serviços prestados devem ser eficientes, atingindo a totalidade das pessoas interessadas que dele necessitam, ou seja, um atendimento universal. Assim, em se tratando de eficiência da Administração Pública, pode-se dizer que o Estado deve ser eficiente em relação à totalidade dos cidadãos que dele necessitam, mesmo que potencialmente. Dessa forma, a resposta à questão colocada pode ser no sentido que a eficiência estatal, ou seja, os serviços públicos que o Estado oferece (ou deve oferecer) devem ser prestados de forma eficiente, tanto quantitativa como qualitativa à universalidade das pessoas que dele necessitam.

Analisando as questões e as possíveis respostas acima colocadas, se poderia ainda ter outras, como a que pergunta sobre o que se entende por um Estado eficiente, ou ainda, o que é uma administração pública eficiente. Talvez a melhor resposta a essa questão poderia ser retirada da própria Constituição Brasileira, que estabelece entre outras coisas, conforme já verificado anteriormente, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, que deve respeitar acima de tudo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Sendo, portanto, o Brasil um Estado Democrático de Direito, deve em primeiro lugar estar subordinado ao Direito, e, portanto, às normas superiores de Direito, que emanam da própria Constituição e dos princípios norteadores. Nessa mesma linha, sendo um Estado

Democrático de Direito, e estando sua fonte primordial de Direito na Constituição, deve se observar a prescrição constitucional, de compromisso com o resgate da histórica dívida social, tendo como princípios balizadores o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Assim sendo, poderia se concluir que no caso do Estado Brasileiro, a observação do Princípio da Eficiência não pode prescindir da observação de alguns critérios fundamentais, como os aspectos tanto quantitativos como qualitativos da eficiência, bem como, que o alcance dos serviços prestados de forma eficiente deve atingir a universalidade das pessoas que dele precisam. Portanto, a eficiência do Estado Brasileiro somente pode ser atingida mediante a prestação de um bom serviço público à totalidade das pessoas que deles necessitam. Tais critérios mínimos seriam, portanto, imprescindíveis para se definir um Estado eficiente, considerando os preceitos da Constituição Federal Brasileira.

Assim, na atividade do Estado, o Princípio da Eficiência não pode ser entendido como a subordinação da atividade administrativa à simples racionalidade econômica, que busca o lucro e a acumulação da riqueza como fim último. Nesse sentido também é o entendimento de Marçal Justen Filho que diz:

A eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia autoriza organizar os fatores da produção segundo finalidades buscadas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas aqueles de cunho econômico.<sup>122</sup>

Dessa forma, a eficiência na Administração Pública<sup>123</sup> precisa ser compreendida sob os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, imprescindível, portanto, que a interpretação se faça sob a ótica do interesse público e não do mercado. Uma atuação eficiente necessita, assim, racionalizar e aproveitar o máximo das potencialidades existentes e disponíveis para alcançar o resultado quantitativo e qualitativo mais satisfatório possível.

---

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85

<sup>123</sup> É necessário ter claro que quando se fala em crise de eficiência na Administração Pública, a análise não se restringe ao Poder Executivo, mas estende-se aos Poderes Legislativo e Judiciário. Em relação ao último, é de extrema importância o estudo feito por Álvaro Filipe Oxley da Rocha, onde analisa-se a relação da própria magistratura com os seus problemas, fornecendo elementos essenciais para uma reflexão sobre os motivos e argumentos determinantes do comportamento e da visão de mundo que os magistrados apresentam. In: ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do Direito – A magistratura no espelho*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

#### 1.2.4.2 A Positivação (constitucionalização) do Princípio da Eficiência

Embora a inclusão do Princípio da Eficiência na Constituição Brasileira a partir da Emenda Constitucional nº 19/08, tal princípio não era estranho no ordenamento jurídico brasileiro. A reforma administrativa de 1967 aprovou o Decreto-lei nº 200/67, ainda em vigor, sujeitando a Administração indireta ao controle da eficiência administrativa.

Portanto, o princípio que foi erigido à categoria de princípio norteador da atividade administrativa, já estava presente em nosso ordenamento, pois estabelecia, através do Decreto-lei nº 200/67, que toda a atividade da Administração Federal deveria se submeter ao controle de resultados (art. 13 e 25, V), fortalecendo o sistema de mérito, em relação a utilização e aplicação dos recursos públicos (art. 25, VIII), sujeitando a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (at. 26, III) e, recomendando a demissão ou a dispensa de servidores comprovadamente ineficientes ou disiduosos no cumprimento de suas atribuições, conforme verificação e apuração em procedimento administrativo próprio (art.100).

Assim, não houve novidade na inclusão daquele princípio em nosso ordenamento jurídico, pois o mesmo já existe há muito, como norma de natureza infraconstitucional.

É nesse sentido que Vanice Lírio do Valle<sup>124</sup> ao comentar as críticas advindas pela introdução desse princípio na literatura constitucional entende que tal oposição se deu pelo entendimento de que a explicitação do Princípio da Eficiência foi identificado como um predicado indispensável ao agir do Estado, uma superafetação, reforçando algo que já seria implícito na própria ideia de uma gestão que serve ao interesse público. Não é diferente também o entendimento de Pereira Junior<sup>125</sup>, que identifica essa explicitação constitucional, como “...uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que já é inerente a administração pública...”. Lucia Valle Figueiredo questiona “o que muda com a inclusão do Princípio da Eficiência, pois ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos”.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Direito Fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Revista Interesse Público*, ano 10, n 48, mar/abr. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 90-91.

<sup>125</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 41.

<sup>126</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

Esse entendimento é pertinente porque a própria Constituição de 1988, também já havia se referido ao Princípio da Eficiência na Administração Pública. O art. 74, inc. II, da CF estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, manterão de forma integrada, sistema de controle interno para “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 por entidades de Direito privado”.

Portanto, embora a EC 19/98 tenha incluído o Princípio da Eficiência junto aos demais princípios norteadores da administração pública, inscrito no art. 37 da CF, essa inclusão não traz nenhuma novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional como infraconstitucional. Assim, esse fato, por si só, já é motivo bastante para o questionamento da necessidade e eficácia de sua positivação, ou seja, da necessidade e do resultado de sua reinscrição em nosso ordenamento constitucional.

#### 1.2.4.3 Conceito e Compreensão do Princípio da Eficiência

O conceito do Princípio da Eficiência<sup>127</sup>, bem como o seu conteúdo e resultado prático na aplicação à Administração Pública tem sido motivo de divergências entre diversos doutrinadores que estudam o assunto. Se há um entendimento que os autores em geral tem em comum é que não há concordância em relação ao conceito de eficiência, pois o mesmo se enquadra como um conceito jurídico indeterminado, variando conforme a análise que se faz, ou se pretende fazer.

Sob uma perspectiva científica, uma definição do conceito de eficiência pode ter como pontos de observação: a economia, a sociologia, a administração e o Direito. Porém, além da perspectiva da ciência, outros aspectos podem fazer com que haja variação do entendimento

---

<sup>127</sup> É necessário observar que é comum a utilização dos conceitos de eficiência e eficácia como sinônimos, entretanto, é equivocada tal confusão. Renato Lopes Becho entende que “eficácia está mais para atos ou fatos, enquanto eficiência está para pessoas (físicas ou jurídicas), mas mantendo-se a idéia da obtenção dos efeitos desejados, de cumprimento de metas. (BECHO, Renato Lopes. “Princípio da Eficiência na Administração Pública”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, julho, 1999, p. 439.). Além desse, por óbvio há vários outros entendimentos sobre a distinção dos conceitos de eficiência e eficácia, porém, para fins desse trabalho, entendo por oportuno uma distinção mais simplificada, onde poderia se dizer que enquanto a eficácia tem relação com o meio, ou seja, o meio utilizado para a obtenção de determinado fim; o meio correto, ou na intensidade correta para a produção do fim pretendido, a eficiência tem relação com o fim, propriamente dito, ou seja, o fim alcançado (com a utilização de um meio eficaz) precisa ser eficiente (completo, o mais ideal possível). Sintetizando: o fim somente poderá ser eficiente se o meio utilizado for eficaz. A eficiência administrativa será alcançada quando for atendido o interesse público, e esse fim, só poderá ser alcançado se utilizado os meios eficazes.

sobre o correto conceito de eficiência, como o próprio juízo valorativo do intérprete, além de outros aspectos. Assim, é inviável a pretensão da adoção de um conceito padrão e imutável, devendo uma definição padrão ser convencionada por aqueles que a usam.

Emerson Gabardo<sup>128</sup> faz uma aproximação da ideia de eficiência e do ideal de racionalização da ação, mas explica que racionalizar, nesse sentido, não se resume à ideia da utilização da razão. Nesse sentido, agir com racionalidade não significa somente a realização de uma lucubração racional, esse é obviamente o pressuposto “mas com a incrementação de um elemento mais específico: a preocupação com a maior eliminação de erros possível no processo, tornando-o, nesse sentido, mais eficiente”.<sup>129</sup>

Porém, essa aproximação entre as ideias de eficiência e de racionalidade pode chegar ao ponto em que uma torna-se sinônimo da outra, ou seja, a racionalização ao invés de ser um instrumento, torna-se sinônimo da própria eficiência, “na medida em que ser eficiente (no caso ser racional) pode se entendido, simplesmente, como tomar a eficiência na qualidade de objetivo (racionalizar)”.<sup>130</sup>

Por outro lado, é necessário observar que mesmo sendo a eficiência termo multifacetado e ambíguo, seu conceito não pode ser reduzido apenas a alguns de seus elementos. Para João Carlos Loureiro<sup>131</sup>, por exemplo, a eficiência pode ser entendida como celeridade ou como economicidade. A utilização do termo dessa forma parece-nos equivocada, pois seria reduzir o conceito a um sentido extremamente restrito e incompleto, principalmente em se tratando de analisar a eficiência do Estado, da Administração Pública.

Há, e nesse caso parece de forma mais acertada, quem tome a eficiência em suas mais variadas espécies, adjetivando-a, para fins de especificação. Nesse sentido, Luciano Parejo

---

<sup>128</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

<sup>129</sup> Entretanto, observa que assim como os demais termos vagos, a expressão racionalização, é possível compreender em várias conotações diferentes, podendo depender, inclusive do critério político que se use, como bem observa Alain Touraine: “A racionalização é uma palavra nobre quando ela introduz o espírito crítico e científico nos domínios até então controlados por autoridades tradicionais e a arbitrariedade dos poderosos; ela se torna uma palavra temível, quando designa o taylorismo e os outros métodos de organização do trabalho que violam a autonomia profissional dos operários e que os submetem a cadência e comandos que se dizem científicos, mas que não são mais do que instrumentos a serviço do lucro, indiferentes às realidades fisiológicas, psicológicas e sociais do homem no trabalho.” TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 4 ed., tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 99

<sup>130</sup> GABARDO, op. cit., p. 27.

<sup>131</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O Procedimento Administrativo entre Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 132.

Alfonso<sup>132</sup> fala das seguintes espécies: “eficiência operativa”, que consiste na realização de um bom planejamento e formulação de metas; “eficiência adaptativa”, consiste na capacidade de adaptar a novas necessidades, reformular a metas anteriormente previstas; “eficiência técnica”, é a relação entre os recursos disponíveis e os resultados buscados; “eficiência econômica *strictus sensu*”, consiste na relação entre o custo e o valor do resultado alcançado; “eficiência econômica consignativa”, consiste na ótima distribuição dos recursos disponíveis; e a “eficiência econômica produtiva”, que é o maior rendimento com a utilização dos recursos ou minimização dos custos de produção.

Há ainda, a especificação de “eficiência jurídica”, que pode ter várias conotações. Para Campilongo<sup>133</sup> refere-se ao sucesso de determinada norma na obtenção dos resultados pretendidos com a sua edição. Esse entendimento, embora possa parecer-nos uma confusão com a eficácia da norma jurídica, não é o caso. Uma norma jurídica pode ser eficaz quanto a sua aplicabilidade específica, e mesmo assim, não produzir os resultados pretendidos com a sua edição. Explicando melhor: uma norma pode ser editada, com a pretensão de que com a sua observância (eficácia, portanto) chegue-se à determinada alteração no comportamento social; pode ocorrer que tal norma venha efetivamente a ser observada, porém, a alteração no comportamento social pretendido não venha a ocorrer. Assim, a eficiência jurídica está ligada ao resultado pretendido, e não somente à eficácia da norma, quanto a sua observância e aplicabilidade específica.

Parece-nos que Paulo Modesto sintetiza de forma bastante adequada sua definição de Princípio da Eficiência, para quem esse princípio é a exigência jurídica, imposta à administração pública e “àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados à subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forma confiadas por lei ou por ato ou contrato de Direito Público”.<sup>134</sup>

Nessa mesma linha é o entendimento de Pereira Junior e Marines Dotti, para quem o Princípio da Eficiência vincula os gestores públicos de “agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos

---

<sup>132</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficácia y Administración – Três Estudos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 97-98.

<sup>133</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 55 et. seq.

<sup>134</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Revista Interesse Público* n 07. jul./set. - São Paulo: Notadez, 2000, p. 75.

benefícios que produzem para a satisfação do interesse público”.<sup>135</sup>

Vladimir da Rocha França,<sup>136</sup> por sua vez, afirma que “o Princípio da Eficiência administrativa estabelece que toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo.”; Medauar<sup>137</sup> entende que o Princípio da Eficiência agora incorporado no texto constitucional preconiza à administração uma ação rápida, precisa, e apta a produzir os resultados que satisfaçam às necessidades da população; já Eros Roberto Grau,<sup>138</sup> analisando a importância desse princípio, entende que a eficiência da Administração Pública adquiriu uma grande valorização, tornando-se um valor cristalizado, pois não interessa à sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente. A cristalização deste valor ganhou normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo o ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública.

É possível estabelecer que todas essas definições e entendimentos têm em comum a compreensão que o Princípio da Eficiência na Administração Pública é uma norma jurídica direcionada ao Estado e aos agentes públicos, que exercem direta ou indiretamente essa função; que determina, conjugado com os demais princípios da administração pública, a busca do atendimento ao interesse público, procurando sempre a forma mais adequada para alcançar o melhor resultado com os recursos, instrumentos e mecanismos de que dispõem, que em geral são insuficientes e aquém da demanda. Porém, sem pretender fazer uma análise pontual e mais apurada de todas as definições e conceitos apresentados, é necessário apenas algumas observações que são pertinentes para o objetivo do presente trabalho.

Inicialmente verifica-se haver por parte de grande parcela dos doutrinadores que falam sobre o assunto apenas numa tentativa de uma definição ou conceituação técnica, sem uma análise mais apurada e comprometida em relação aos resultados da constitucionalização do Princípio da Eficiência, ou seja, não há, salvo exceções, a preocupação de uma avaliação da necessidade e das consequências da inclusão desse princípio junto às normas constitucionais;

---

<sup>135</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marínes Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. *Revista Interesse Público* ano 9, n 44, jul/ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p 189.

<sup>136</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

<sup>137</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, P. 127

<sup>138</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo : Malheiros., 1991, p.194-196.

se haverá ou não eficácia desse princípio; se os resultados pretensamente pretendidos, poderão ou não ser alcançados a contento; e, para isso acontecer o que deveria ser feito. Em segundo lugar, verifica-se em alguns conceitos apresentam certa confusão do Princípio da Eficiência com outros já anteriormente constitucionalizados, como sub-princípios da imparcialidade e da neutralidade, que dizem respeito ao Princípio constitucional da Impessoalidade; já a transparência é relativo ao Princípio da Publicidade, ambos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Por fim, também é de extrema importância observar que o termo *burocracia* é utilizado por muitos doutrinadores, legisladores e outras pessoas que estudam, trabalham ou têm qualquer outra relação com a Administração Pública, com a conotação pejorativa, corriqueira, popular, como sendo sinônimo de formalismo excessivo e lentidão, ou seja, apresentando as disfunções não desejadas, sem muita preocupação com o significado técnico que o termo *burocracia*<sup>139</sup> representa.

Feitas tais observações, retorna-se à análise do Princípio da Eficiência e da (im)pertinência de sua constitucionalização. Alguns autores entendem que a *eficiência* não deveria ser um princípio constitucional, sendo o mesmo uma faceta ou um subprincípio do princípio da *boa administração*. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>140</sup> parece ser, entre os autores brasileiros, um dos mais enfáticos no entendimento de que embora a eficiência do Estado seja algo mais do que desejável, o Princípio da Eficiência “é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto”. Por outro lado, enfatiza que no seu entendimento, o Princípio da Eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo, há muito, no Direito italiano, ou sejam, o Princípio da ‘Boa Administração’.<sup>141</sup>

Nesse aspecto, parece que há de concordar-se com o entendimento exposto. É evidente que a eficiência na Administração Pública é algo desejado e esperado por todos os cidadãos, porém, uma administração não se torna eficiente, não passará a acontecer uma boa

---

<sup>139</sup> Conforme Max Weber: “Um mecanismo burocrático perfeitamente desenvolvido atua em relação às demais organizações da mesma forma que a máquina em relação aos métodos não mecânicos de fabricação. A precisão, a rapidez, a univocidade, o caráter oficial, a continuidade, a discricção, uniformidade, a rigorosa subordinação, a redução de fricções e de custos materiais e pessoais são infinitamente maiores em uma administração severamente burocrática”. Assim, a burocracia prevê a organização de um sistema social racional, tendo como pressupostos a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo, e como consequências desejadas a previsibilidade, maior controle e maior eficiência. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994. P 103 et seq.

<sup>140</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 22, São Paulo : Malheiros, 2006, p. 117-118.

<sup>141</sup> MELLO, loc. cit.

administração motivada por uma imposição legal. A eficiência administrativa somente pode acontecer como resultado de uma boa administração, e esta só acontecerá pelo cumprimento dos ditames constitucionais, que determina ao Estado Brasileiro, a busca da efetivação dos princípios que informam e orientam um Estado Democrático de Direito.

E, nessa ótica, é preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito somente se efetivará tendo na soberania popular e no pacto constitucional os limites norteadores do compromisso de realização efetiva de um Estado social que respeite e garanta a dignidade da pessoa humana como princípio indispensável e insuperável, na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

#### 1.2.4.4 O Princípio da Eficiência e o “direito à boa administração”

Aqui se insere o conceito do princípio ou do direito à “boa administração”. Ou seja, o direito que o cidadão tem de ter, por parte do Estado, a prestação de uma boa administração pública. Como verificamos acima, Bandeira de Mello, relaciona o Princípio da Eficiência ao “princípio da boa administração”, ou seja, para esse autor, o Princípio da Eficiência é uma faceta do princípio da boa administração, tratado já a longa data no Direito italiano<sup>142</sup>.

Entre os doutrinadores que entendem ter a eficiência na administração pública nascida e estar ligada ao princípio da boa administração, também está Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Conforme Moreira Neto, a conjugação do Princípio da Eficiência com o da boa administração é resultado de um aplicado trabalho de vanguarda da doutrina jurídica, desenvolvida desde meados do século XX, por autores como Raffaele Resta e Guido Falzonem, que defenderam a transcendência do conceito de poder-dever de administrar, afirmando pela administração burocrática, “empenhada em lograr apenas a eficácia jurídica, para estabelecer como um passo adiante, o dever de bem administrar, que é hoje respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltado à eficiência da ação administrativa pública”.<sup>143</sup>

Nessa mesma linha, porém tendo como referência o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, solenemente proclamada no Conselho Europeu de Nice de 7 a 9 de Dezembro de 2000, Juarez Freitas trata do “Direito Fundamental à Boa Administração Pública”. O art. 41 da Carta Européia dos Direitos Fundamentais prescreve o

---

<sup>142</sup> MELLO, op. cit., p. 117-118.

<sup>143</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, nº 221, jul./set. de 2000, p. 84

Direito a uma boa administração, estabelecendo que entende como tal: que todos têm direito a um tratamento imparcial e equitativo, compreendendo o direito de defesa e acesso aos processos, antes de qualquer decisão desfavorável por parte do Estado, cujas decisões precisam ser fundamentadas; direito à reparação por danos causados pelas instituições da Comunidade Européia; entre outros.<sup>144</sup>

Com tal inspiração, Freitas sintetizou o conceito de direito fundamental à boa administração pública, como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.<sup>145</sup> Com essa síntese conceitual, o autor pretende esclarecer que há um somatório de direitos subjetivos do cidadão, conjugados com deveres correspondentes do Estado, que não admitem uma prática antijurídica de inércia, tanto dos administradores públicos como dos controladores da administração pública.<sup>146</sup>

Dentro do direito fundamental à boa administração pública, albergam-se vários direitos fundamentais (a) o direito fundamental à administração pública transparente; (b) o direito fundamental à administração pública dialógica e o direito fundamental à processualização administrativa; (c) o direito fundamental à administração pública isonômica ou imparcial; (d) o direito fundamental à administração pública proba, que veda condutas eticamente não-universalizáveis, omissivas ou comissivas, inequivocamente desonestas; (e) o direito fundamental à administração pública eficiente (respeitadora da compatibilidade entre os meios empregados e os resultados pretendidos), eficaz (respeitadora da compatibilidade entre os resultados efetivamente alcançados e os mensuráveis objetivos traçados pela Constituição) economicamente ciosa, fiscalmente responsável e redutora dos conflitos intertemporais<sup>147</sup>.

Vanice Lírio do Valle lembra que no Direito Brasileiro os princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública permite a extração de um direito fundamental à boa administração pública, que transcende inclusive o que dispõem a carta de Nice sobre

---

<sup>144</sup> Conselho da União Européia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Anotações relativas ao texto integral da Carta Luxemburgo*: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias 2001

<sup>145</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 20.

<sup>146</sup> Id. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4. edição, 2009, p. 36

<sup>147</sup> Ibid., p 36-37

assunto. Citando exemplificativamente o art. 37 *caput* da CF e o art. 37, § 3º do mesmo texto, ressalta que nesses e outros preceitos “... se robustece os mecanismos de controle social do poder, transparecendo a preocupação em assinalar à cidadania, direito fundamental ao direcionamento da coisa pública à melhora permanente no atendimento aos interesses da coletividade”.<sup>148</sup>

Assim, o direito fundamental à boa administração pública deve ser compreendido no sentido de que a administração pública deve ser gerida informada e orientada por todos os princípios constitucionais que a norteiam, tanto na perspectiva de evitar os excessos que podem ser cometidos, como também, no sentido de evitar as omissões praticadas por parte dos gestores do Estado. Nessa ótica, a administração pública está sempre sujeita ao controle e fiscalização, sendo todos os seus atos, inclusive aqueles considerados juridicamente como discricionários, passíveis de controle, fiscalização e correção, quando necessário.

É necessário observar, porém, que quando se fala em Princípio da Eficiência ou princípio da boa administração, não se pode esquecer que tais conceitos tiveram seu nascedouro junto com as grandes teorias das ciências administrativas, da iniciativa privada, quando Taylor, Fayol e outros, estudaram o problema com objetivo de estabelecer uma série de princípios sobre como planejar, organizar e controlar a administração.<sup>149</sup> Henri Fayol, passou a definir as características do bom administrador;<sup>150</sup> Frederick Winslow Taylor, desenvolveu seus estudos sobre os melhores meios para o alcance do fim buscado na organização;<sup>151</sup> Max Weber, por sua vez, analisou e caracterizou as organizações sociais, sua juridicidade e eficiência como princípio para a concretização dos fins pretendidos.<sup>152</sup>

Com esses elementos, portanto, é o entendimento de que a eficiência hoje faz parte do princípio da *boa administração pública*. Assim, o bom administrador poderia ser definido como aquele que segue a moral administrativa, da justiça, da eficiência e da racionalidade, e, dessa forma, englobaria vários princípios e subprincípios. Os doutrinadores portugueses Canotilho e Vital Moreira entendem a obediência ao princípio da *boa administração*, que se encontra expressa na Constituição portuguesa, como sendo a atuação que observa à *eficiência*

---

<sup>148</sup> VALLE, op. cit., p. 101-102

<sup>149</sup> MOTTA, Fernando Cláudio Prestes e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Introdução à Organização Burocrática*. São Paulo : Brasiliense, 1980, p. 20-21 e p.49.

<sup>150</sup> FAYOL, Henri. *Administração Industrial e Geral*. trad. Irene de Bojano e Mário de Souza. Ed. 10, São Paulo: Atlas, 1994. p. 27 e p.43-44

<sup>151</sup> TALOR, Frederick Winslow. *Princípios de Administração Científica*. trad: Arlindo Vieira Ramos. 8 ed., São Paulo : Atlas, 1990.

<sup>152</sup> WEBER, op. cit.,

*e a congruência*.<sup>153</sup> Note-se que a própria Constituição portuguesa não traz a eficiência como um princípio constitucional expresso, dentre aqueles fundamentais da Administração Pública.

Assim, diante de todas as questões até aqui analisadas: aquelas que envolvem o conceito e as funções do Estado, sua evolução histórica; a origem e formação do Estado Brasileiro; a origem do poder do Estado, sua legitimidade e a legitimidade de suas ações; os modelos de relação do Estado com a sociedade, a evolução dos modelos de Estado: desde o Estado totalmente arbitrário e despótico, passando pelos Estado de Direito, Estado Social e o atual Estado Democrático de Direito; a ordem jurídica do Estado, o Estado constitucional e os princípios que devem informar e orientar a condução e as ações do Estado; o Princípio da Eficiência, sua origem, conceituação, positivação, relação com outros princípios norteadores do Estado, etc., resta a questão: como, no caso do Estado Brasileiro, considerando os preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito, que deve, por imposição do pacto constitucional, respeitar e garantir a dignidade da pessoa humana de forma universal, objetivando o cumprimento dos direitos fundamentais, deve ser interpretado e aplicado o princípio constitucional da eficiência? Teria ele, pelo fato de sua positivação na Constituição Brasileira, inserido junto aos demais princípios norteadores da administração pública, força determinante para “impor” ao Estado, e sua administração, uma ação eficiente?

Essas questões pretende-se analisar no próximo capítulo.

---

<sup>153</sup> CANOTILHO, e MOREIRA, op. cit., p. 928.

## **2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO (CON)TEXTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Para o estudo do Princípio da Eficiência no (con)texto da Constituição Brasileira, será utilizado como instrumento pontual de análise o direito à saúde, como um dos imprescindíveis direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Estado. Porém, é importante ressaltar que essa análise não terá o escopo de aprofundar a pesquisa em relação a (in)efetividade do atendimento ao direito à saúde, conforme compromisso constitucionalmente assumido, sendo aqui apenas abordado com o objetivo de tornar mais perceptível o objeto estudado.

Dessa forma, a análise do direito à saúde frente a (in)eficiência do Estado Brasileiro que a seguir se fará tem este objetivo. Por outro lado, também será apresentado, a título de breve proposta, uma ideia de como o Estado poderia tratar do atendimento à saúde (considerando sua contingência e limitações), com o objetivo de torná-lo universal e eficiente.

### **2.1 O DIREITO À SAÚDE E A (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO**

Os direitos fundamentais são tradicionalmente estudados, a partir de projeções ou distinções em dimensões. A primeira grande distinção é feita entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Porém, objetivando dar-lhes condições de produção de efeitos jurídicos, ou seja, efetividade jurídica, os direitos fundamentais foram distinguidos dos direitos humanos. Enquanto aqueles passaram a ter positividade jurídica, ou seja, foram positivados, esses são entendidos como objetivos ético-políticos, situados em uma dimensão suprapositiva, ou seja, não positivados, portanto, sem condições de serem juridicamente exigidos, com fundamento no Direito positivado.

Já nos direitos fundamentais, tem-se, por um lado, os direitos civis e políticos: originariamente como conquista e preservação das chamadas liberdades negativas, reforçando o princípio da liberdade, contra o poder tirânico do Estado e exigindo a limitação deste, em favor da liberdade, da propriedade e da participação política dos burgueses e proprietários de terras nas questões do Estado. Tais direitos tiveram sua gênese tanto nas revoluções da Inglaterra, Francesa e na Declaração de direitos quando da Independência dos Estados Unidos da América. Por outro lado têm-se os direitos econômicos, sociais e culturais, objetivando as chamadas liberdades positivas, buscando a conquista e preservação do princípio da igualdade,

pretendendo do Estado ações positivas no sentido da realização de prestações sociais, como educação, saúde, trabalho, habitação e previdência social. Esses direitos, tanto os civis e políticos, como os econômicos, sociais e culturais foram sistematizados e organizados na Declaração Universal e nos respectivos pactos dos direitos humanos e foram, posteriormente, incorporados no Direito interno, na grande maioria dos Países que se consideram democráticos.

Assim, os direitos fundamentais, já nasceram com uma cisão histórica de difícil reparação e correção. Tal cisão sempre foi motivada pelo poder de luta e de pressão que dispunham aqueles que defendiam e buscavam a efetivação desses, como direitos seus.

Essa divisão é classificada por muitos como gerações dos direitos fundamentais, tendo os de primeira geração, os de segunda geração, e ainda os de terceira e quarta geração.<sup>154</sup> Assim, nessa distinção, os direitos civis e políticos são os de primeira geração; já os direitos econômicos e sociais são os de segunda geração; nos de terceira geração são incluídos os direitos de desenvolvimento dos povos, os direitos a um maior ambiente sadio e sustentável, direito à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. etc. tais direitos já deixariam de serem entendidos como direitos individuais ou coletivos, e sim, como direitos do próprio gênero humano; já os direitos de quarta geração, seriam, por sua vez, o direito à democracia, à informação, o direito ao pluralismo, etc.

Porém, tal cisão teórica, embora admissível para a caracterização desses direitos, também acontece na prática, conforme denúncia, entre outros, Cançado Trindade,<sup>155</sup> que entende ser inadmissível que continuem a ser negligenciados, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. Conforme o autor, esse descaso é um triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Nesse sentido, e fazendo uma relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais, com os civis e políticos, Cançado Trindade defende que não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar ao mesmo tempo a discriminação dos direitos econômicos e sociais. E, conclui: “A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não

---

<sup>154</sup> Entre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

<sup>155</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do século XXI*. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipr/rel/rbpi/1997/81.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2010.

há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural”.<sup>156</sup>

Nesse aspecto, também é a crítica de Bobbio,<sup>157</sup> para quem “não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são Direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Entre os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais está o direito à saúde, cuja efetivação pode ser sintetizada em dois tipos de tratamento bastante paradoxais. Por um lado tem-se das políticas públicas que são de responsabilidade administrativa do Estado, um comportamento, em regra, de negligência com sua efetivação, permitindo que milhares de pessoas fiquem desassistidas, sem o atendimento de suas necessidades básicas. Por outro lado, quando provocado na busca da correção dessa negligência, tem o poder judiciário, muitas vezes de forma discricionária e decisionista, determinado a implementação e o custeio de pretensões de direitos à saúde que se mostram de custo incompatível com a realidade orçamentária do Estado, quando não, também, de necessidades e resultados práticos questionáveis, incompatíveis e inseguros.

Assim, fazendo relação com o Princípio da Eficiência, temos na questão do direito à saúde duas realidades bem distintas, porém, as duas mostram-se ineficiente: Uma pela omissão do Estado no cumprimento do dever prestacional; e outra, pelo excesso ineficaz e desproporcional com a realidade fática, devido ao voluntarismo judicial. Dessa forma, mostra-se necessário uma análise da situação dos direitos fundamentais, principalmente em relação ao direito à saúde, sua efetivação e seu custo, considerando que no mais das vezes, no caso do Brasil, esse direito deve ser custeado pelo orçamento do próprio Estado.

### **2.1.1 Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira e a dificuldade de sua efetivação**

Em que pese a dívida social existente e cultivada desde sua origem, o que para muitos céticos e outros cínicos é insuperável, é algo transcendental e, portanto, imutável, o Brasil tem tido um comportamento de vanguarda no reconhecimento, ao menos no sentido formal, dos direitos fundamentais. A própria Constituição Brasileira estabelece que o Brasil é um Estado

---

<sup>156</sup> CANÇADO TRINDADE, loc.cit.

<sup>157</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.p. 30.

Democrático de Direito, trazendo no seu texto um extenso rol de direitos coletivos e individuais, políticos e sociais.

Nesse sentido histórico, Rodrigo Stumpf González<sup>158</sup> afirma que “uma análise da trajetória do Brasil com relação ao reconhecimento de direitos humanos indica que, em termos formais, no período recente, comparativamente não devemos nada a qualquer outro país”. Assim, na formalidade, o Brasil não só tem subscrito e ratificado os principais pactos e tratados internacionais, como tem tido um papel protagonista neste espaço.

Portanto, a Constituição, como representação e explicitação do contrato social, traz um núcleo político jurídico de responsabilidade social, que precisa ser respeitado e implementado, dando a mesma, efetivamente um papel dirigente e compromissado. Porém, considerando o desempenho dessa função constitucional, em relação à sua efetividade, não se tem muito a comemorar.

Claro está que os chamados direitos fundamentais sociais são direitos fundamentais prestacionais, ou seja, que dependem, necessitam da ação forte e concreta do Estado para sua efetivação, portando, dependem de uma conduta estatal positiva, tanto em relação a sua normatização infraconstitucional (quando é o caso), como sua implementação fática. Nesse sentido, Lênio Streck<sup>159</sup> afirma ser evidente que em países como o Brasil, em que o Estado Social sequer existiu,<sup>160</sup> o agente principal de toda política social deve ser o Estado.

Por mais que a Constituição de 1988 possa ser classificada como uma Constituição

<sup>158</sup> GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Políticas de promoção aos direitos humanos no Brasil: desconstinuidades e desafios. IN: STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado. Anuário 2007*, n4. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 183.

<sup>159</sup> STRECK, Lênio. *Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*. p.3. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10) Acesso em: 01 jul. 2010.

<sup>160</sup> Conforme Jurgen Habermas, três foram as correntes políticas que se implantaram após a Primeira Guerra Mundial e subsequente a crise econômica de 1929: o comunismo da União Soviética; o que denominou de "corporativismo autoritário" na Itália fascista de Mussolini, na Alemanha nazista de Hitler e na Espanha falangista de Franco; e o Estado social (reformista) nas democracias ocidentais. Após a segunda guerra mundial, a maioria dos países ocidentais foram governados, alguns de forma mais efetiva, outros menos, sob os objetivos do Estado social. In: HABERMAS, Jurgen. Texto da conferência pronunciada no Parlamento espanhol, no dia 26 de novembro de 1984. Traduzido da Revista de /as Cortes Generales, n 3, Tecer Quadrimestre, Madrid, 1984, por Marilena Vianna e publicado no Brasil em Presença, n. 09, Rio de Janeiro, fevereiro de 1987, p.140-155. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/CULTURA%20OCIDENTAL.pdf> Acesso em: 01 jul. 2010. Porém no último terço do século passado, esse projeto torna-se visivelmente limitado naqueles países que o implementaram, sem que se apresente alguma outra alternativa viável, e como dívida social naqueles que sequer chegaram a implementá-lo, como na maior parte dos países da América do Sul, mormente no Brasil.

social, incluída no moderno Constitucionalismo do pós-guerra, o que a torna formalmente uma Constituição dirigente, contendo em seus objetivos a realização dos direitos sociais devidos à sociedade brasileira, faz-se necessário a efetivação concreta de seu texto. Porém, essa não se tornará realidade sem o redimensionamento dos papéis e compromissos do poderes estatais instituídos, e do real comprometimento com a mesma.

A reiterada negação dos direitos fundamentais sociais chega a produzir uma espécie de conformação ideológica, onde grande parte da sociedade passa a acreditar que tal situação é natural, correta e imutável. Conforme Lênio Streck, a maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, onde cada um está no seu lugar e tem o que é seu. “Esse cada-um-tem-o-seu-lugar é engendrado a partir de um processo de violência simbólica, reforçado pelos meios de comunicação de massa”.<sup>161</sup>

Porém, essa violência simbólica se reproduz e reforça ainda mais a sua manifestação, quando quem a sofre não consegue, ou não quer compreender e enfrentá-la. Nesse sentido é a lição de Pierre Bourdieu que ao comentar o poder simbólico conclui que esse é um “poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.<sup>162</sup>

Não resta alternativa. Em um Estado Democrático de Direito, cuja dívida social histórica teima em permanecer, o Direito precisa ser visto como instrumento de transformação social, superando a prática instrumentalista do Direito Brasileiro e da dogmática jurídica, assentado em um paradigma liberal-individualista-normativista, instituído para resolver disputas interindividuais, e possibilitando a efetiva concretização prática das transformações sociais necessárias e respaldadas por um Estado intervencionista, agente e protagonista da efetivação plena de um constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é possível, se sustentar a cisão entre os chamados direitos civis e políticos e os direitos sociais econômicos e culturais, pois sem a concretização dos direitos sociais, não é possível pretender a integral implantação dos direitos civis e políticos, nem mesmo é possível pretender-se um Estado Democrático de Direito, sem o cumprimento dos compromissos dos direitos sociais. Também é necessário a superação do discurso da utopia

---

<sup>161</sup> STRECK, Lênio. loc. cit.

<sup>162</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3 ed., Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000, p. 8.

constitucional, primando por tornar realidade o seu conteúdo comprometido com a igualdade e a justiça social. Nesse sentido vale citar Cabral Pinto e Luzia Marques da Silva, que afirmam:

[...] a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com P. Lucas Verdú que ‘todas as realidades de hoje foram utopias de ontem.’ A ‘Constituição justa’ pode ser utópica, mas, como muito bem observa Muguerza, quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser. Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a ‘profecia’ de Macpherson: ‘Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana’.<sup>163</sup>

Portanto, conforme Streck,<sup>164</sup> o não cumprimento dos dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, ou seja, aqueles que estabelecem os fins do Estado, representa solapar o próprio contrato social. A Constituição que é o resultado de um processo de repactuação social não pode ser deslegitimada, pois assim ocorrendo, estará descumprindo exatamente com sua função principal, que é o de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

O direito à saúde tem sido um dos temas primordiais, quando se discute a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, e isso, entre outros motivos, porque o pacto constitucional brasileiro, diferente de muitos outros países, estabeleceu que a saúde como um dos direitos fundamentais é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>165</sup>

A doutrina jusconstitucional brasileira tem se apresentado com dois pontos de vista distintos em relação às condições jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente em relação o direito à saúde. Por um lado, há os que entendem que os direitos fundamentais estão prescritos por normas cuja eficácia é muito reduzida e insuscetível de

---

<sup>163</sup> Cabral Pinto, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 218 e 219. Citado por STRECK, Lênio Luiz, em *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales*. p. 3. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40) Acesso em 01 jul. 2010

<sup>164</sup> STRECK. loc. cit.

<sup>165</sup> BRASIL. Constituição de 1988. Artigo 196

serem judicializados; por outro, estão aqueles que entendem que embora os direitos fundamentais sociais sejam verdadeiros direitos subjetivos do cidadão, os mesmos encontram forte resistência em sua efetivação, principalmente pela falta de recursos financeiros e orçamentários para seu custeio.

Em que pese o entendimento da limitação de recursos, e da concentração nos Poderes Legislativo e Executivo para a legislação e execução dos programas sociais (entre estes a competência para a definição orçamentária), o Poder Judiciário tem, em muitas ocasiões, determinado a realização de ato administrativo, objetivando o cumprimento do que entende ser direito subjetivo do cidadão, desconsiderando para isso, o alto custo que tal ato pode causar ao orçamento público, o que pode vir em detrimento da execução de programas de políticas públicas gerais à população. Tais fatos, embora possam resolver ou minimizar problemas pontuais, não tornam o Estado, em relação ao cumprimento desse dever constitucional, mais eficiente. Para Têmis Limberger a distorção na implementação das políticas públicas no Brasil, principalmente a questão da saúde, chegou a tal ponto que migrou da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo, indo parar no Poder Judiciário, o que atesta a falência na resolução de conflitos nas esferas institucionais que lhe são próprias.<sup>166</sup>

A maciça judicialização das políticas públicas levou o STF, utilizando suas competências regimentais, a convocar uma audiência pública para discutir o assunto, a audiência pública nº 4. Vários foram os casos judiciais que conduziram a necessidade da realização dessa audiência, porém, conforme Limberger,<sup>167</sup> a discussão deve ter um enfoque interdisciplinar, pois não se limita a seara jurídica, devendo ser um debate com os profissionais da saúde e com a sociedade em geral, destinatária destas prestações.

Dessa forma, há a necessidade de se trabalhar na busca de alternativas que visam apresentar soluções para o problema da baixa efetividade constitucional nesse aspecto, em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. Não é possível a manutenção do descumprimento desses compromissos sociais históricos e constitucionalmente resgatados pelo pacto social realizado quando da inclusão destes no texto constitucional, sob a argumentação de que ou a eficácia das normas constitucionais é muito

---

<sup>166</sup> LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 217

<sup>167</sup> Ibid. p. 222 – 224.

reduzida, ou seu cumprimento torna-se impossibilitado pela falta de recursos financeiros e orçamentários disponíveis, conjugado com a ausência de iniciativas de competência administrativa e legislativa para a busca de alternativas viáveis.

Ronald Dworkin, que tem a muito provocado um intenso debate sobre a normatividade dos princípios,<sup>168</sup> objetivando um combate ao positivismo jurídico e a discricionariedade judicial, faz uma intensa e criteriosa análise dos problemas dos princípios e da efetividade dos direitos fundamentais.<sup>169</sup>

Dworkin parte de uma profunda e minuciosa análise da *igualdade*<sup>170</sup> a qual divide em duas teorias gerais: a igualdade de bem estar e a igualdade de recursos. Define a igualdade de bem estar, como o esquema distributivo que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem estar; já como igualdade de recursos afirma que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere os recursos de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais as suas parcelas totais de recursos.

Objetivando alcançar o grau de igualdade defendido em sua teoria o autor trabalha com várias técnicas e formas de uma distribuição de recursos igualitariamente, bem como as suas dificuldades e complicações para alcançar esses objetivos. Propõe, por exemplo, inclusive redistribuições periódicas sobre um possível “imposto de renda”, ou formas de seguro desemprego e “seguro de subempregos”.

Quando trata da igualdade de recursos Dworkin deixa claro que inclui entre estes, tanto os recursos privados quanto os públicos e explica que do ponto de vista de qualquer teoria econômica avançada, o comando de um indivíduo sobre recursos públicos faz parte de seus recursos privados. “Quem tem poder de influência sobre decisões políticas acerca da qualidade do ar que respira, por exemplo, é mais rico do que quem não tem. Assim, uma teoria geral de igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político”.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Embora a relevância do tema e de outros co-relacionados, bem como da posição do Dworkin a respeito do mesmo, não o abordaremos especificamente nos limites do presente trabalho.

<sup>169</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana – A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>170</sup> A rica abordagem que Dworkin faz em sua obra sobre a igualdade, também não será analisada nos limites desse trabalho, porém trata-se de uma obra extremamente profunda e sempre atual.

<sup>171</sup> DWORKIN, op. cit., p 79-80.

Assim, partindo da concepção de uma teoria de igualdade geral, o autor propõe uma discussão prática sobre a justiça e o alto custo da saúde.<sup>172</sup>

Inicialmente Dworkin descreve a apologia a uma justiça ideal na medicina que é feita há milênios pelos médicos, que denomina de princípio do resgate. Esse princípio tem duas partes vinculadas. Uma que afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes e todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens; outra, que a assistência médica deve ser distribuída com equidade, não negando a ninguém a assistência médica, mesmo em uma sociedade onde a riqueza seja muito desigual. Afirma o autor que embora compreensivos e até mesmo nobre seus ideais, o princípio do resgate é quase totalmente inútil para uma discussão sobre o sistema de saúde mais ideal e possível de ser implementado.

Essa inutilidade vem à tona quando analisada a resposta sobre a pergunta de quanto um país deve gastar em assistência médica para seus cidadãos; pelo princípio do resgate, deve ser gasto tudo o que for possível “até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio”.<sup>173</sup>

Da análise feita, não restam dúvidas de que se torna economicamente impossível uma pretensão de uma prestação universal à saúde de forma absoluta, ou seja, não é possível, tanto através de sistemas particulares ou de sistema público como determina a Constituição Brasileira, a prestação de assistência à saúde de forma a atender a todas as pessoas (universalidade de atendimento), considerando também o atendimento pessoal, total e irrestrito, independente do custo individual (direito absoluto).

Dito de outra forma: Se forem considerados todos os avanços científicos e tecnológicos dos últimos anos, o que resulta em novos meios de diagnósticos e de tratamentos de alta tecnologia; surgimento de novos tratamentos médicos curativos e preventivos; novas

---

<sup>172</sup> É necessário observar que Dworkin faz uma análise prática da justiça e o alto custo da saúde na realidade dos Estados Unidos que é muito diferente da realidade brasileira. A iniciar pelo fato da esmagadora maioria da assistência à saúde seja prestada por planos de saúde particulares, pagos diretamente pelos “consumidores”, não sendo, portanto, um serviço prestado de forma universal pelo Estado, como no caso do sistema brasileiro.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p 434-435.

possibilidades de transplantes de órgãos, tecidos, etc., inimagináveis há poucos anos atrás,<sup>174</sup> todos esses de custos caríssimos, e se for considerado que determinado número de pessoas necessitam desses novos e avançados tratamentos curativos e outro número de pessoas pretendam submeter-se a tratamentos preventivos igualmente novos e avançados (e, portanto, extremamente caros), e que tais necessidades e pretensões teriam que ser disponibilizados de forma integral e absoluta aos necessitados e pretendentes, teríamos um custo extremamente alto ao sistema de saúde, que certamente o impossibilitaria de suportar.

Essa constatação, embora a discussão sobre quais seriam os limites orçamentários ideais (e possíveis) para o atendimento ao direito à saúde, ocorre pelo fato que em relação ao atendimento à saúde “a escassez<sup>175</sup>, em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável”.<sup>176</sup> É por isso que essa questão precisa ser discutida e enfrentada de forma responsável e solidária por toda a sociedade.

Por outro lado, temos que lembrar que o princípio da universalidade, consagrado na Constituição Brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que necessitam, independente do grau de riqueza ou condições de vida daqueles que necessitam e buscam assistência, principalmente por ser um serviço primordialmente público, conforme constitucionalmente pactuado. Assim, considerando a necessidade do atendimento ao princípio da universalidade, conjugado com a escassez de recursos que é uma característica permanente quando se trata do atendimento aos direitos fundamentais sociais, principalmente na questão da saúde, é necessário encontrar o limite do possível, ou seja, o atendimento universal a todas as necessidades encontra seu limite na “reserva do possível”.<sup>177</sup> Portanto, no aspecto econômico, o possível no atendimento à saúde está condicionado ao orçamento

---

<sup>174</sup> O autor lembra nesse aspecto, que grande parte desses exames, diagnósticos, tratamentos e transplantes, tem suas realizações questionadas, por muitos políticos e alguns médicos, no sentido de que parte das novas tecnologias é “desnecessária” ou “desperdício” considerando seu alto custo comparado com os resultados raramente positivos e compensadores, ou seja, benefícios limitados demais para justificar o custo.

<sup>175</sup> Conforme Gustavo Amaral, “dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural, ou artificial ...” AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? IN: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti e BARCELOS, Ana Paula de. [et. al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>177</sup> Para Ingo Sarlet, “a construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais de penderes de prestações financiadas pelos cofres públicos”. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. IN: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti e BARCELOS, Ana Paula de. [et. al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 29.

disposto para essa finalidade e, como afirma Sarlet<sup>178</sup>, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que são irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível.

Como alternativa ao princípio do resgate, Dworkin propõe um ideal de justiça mais satisfatória na assistência à saúde, a qual denomina de “seguro prudente”. Tal proposta tem como requisito essencial a sua concepção da teoria de igualdade geral (de recursos entre os indivíduos), por outro lado, a formula a partir da premissa de que não haveria nenhuma assistência médica prestada pelo Estado, por mínima que fosse, e seria toda adquirida de um “mercado livre e não subsidiado”, considerando a igualdade (de recursos) entre todos os indivíduos.

Partindo de tais condições pré-estabelecidas, entende o autor que dificilmente alguém (ou muito poucos) sacrificaria as condições de viver uma vida boa em troca da utilização da maioria de seus recursos para o pagamento de um plano de saúde que lhe garantiria assistência e tratamento à saúde de forma plena e com recursos da mais avançada ciência e tecnologia, caso algum dia (incerto, e talvez nunca) viesse a precisar. Na maioria dos casos (o que a maioria acharia prudente), as decisões seriam no sentido da aquisição de planos de saúde que lhes cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalizações quando necessárias, tratamentos pré-natal e pediátrico e exames gerais regulares, bem como alguns tratamentos preventivos. Portanto, dentro de uma racionalidade entre uma assistência médica razoável e um custo que não comprometesse as demais condições de uma vida boa, bem sucedida e agradável.

A questão parece residir, portanto, na equação do problema de quanto um país deve gastar em seu sistema de assistência à saúde, e qual o número (ou percentual) de cidadãos que esse sistema pretende atingir, considerando os recursos disponíveis. Ainda, considerando a disposição de determinado valor para a cobertura do custo do sistema de saúde, como atender, por um lado, a pretensão de utilização de um direito à saúde de forma integral e absoluta (considerando todos os avanços e possibilidades científicas e tecnológicas de tratamentos curativos e preventivos, e seu alto custo), e por outro lado, atender a necessidade de distribuição de assistência médica com equidade e de forma universal.

Definida a questão do orçamento disponível, que sempre será aquém das necessidades, resta definir a abrangência da assistência à saúde que se pretende prestar. Caso a abrangência

---

<sup>178</sup> Ibid., p. 45.

deva ser universal, conforme estabelece a Constituição Brasileira, outra questão a ser equacionada é referente aos valores que podem ser gastos com a assistência a uma única pessoa, considerando determinada necessidade, na busca do seu direito à saúde de forma integral e absoluta.

Nesse caso, a primeira questão a ser colocada é que o direito à saúde e a assistência, embora fundamental, não é absoluto, ou seja, não haverá condições de empreender todas as possibilidades tecnológicas e científicas de busca de solução para aquela determinada necessidade seja de forma curativa ou preventiva. Porém qual é o limite?

O limite deve ser matemático (financeiro orçamentário), mas como se faz isso? Inicialmente é necessário ter claro que há dois objetivos a serem alcançados: *primeiro* a universalidade da prestação essencial (a essencialidade, compreendida pelas prestações assistenciais que compõe o mínimo existencial - atenção apropriada à saúde<sup>179</sup>), que se não atendidos, podem colocar o indivíduo (e considerando a universalidade: um grande número de indivíduos) em risco de sofrer danos graves; *segundo* a maior otimização e excepcionalidade (no sentido da otimização da qualidade de vida, e da maior distância progressiva da essencialidade - das prestações atendentes ao mínimo existencial - bem como, o progressivo aumento de custo dessa prestação excepcional, chegando a um limite extremo de um tratamento caríssimo e/ou de menores chances de obtenção de sucesso) possível.

Propõe-se, como alternativa, a estruturação da verificação de possibilidade de determinada prestação assistencial à saúde, uma espécie de “pirâmide de abrangência” da seguinte forma: a base da pirâmide (sentido horizontal) formada pela garantia da “essencialidade universal”, ou seja, antes de qualquer outra análise, deve se ter garantido a prestação essencial à saúde de forma universal; o topo da pirâmide (sentido vertical) formada pelo máximo da “excepcionalidade individual” possível, sem comprometer a garantia da essencialidade universal. Assim, a pirâmide de abrangência terá a sua base da largura suficiente para garantir a essencialidade universal, já o seu topo será da altura máxima possível para atender a excepcionalidade individual, considerando a altura máxima possível, como o limite alcançável, desde que não comprometa sua largura (a essencialidade universal).

É claro que para a verificação do limite vertical (da excepcionalidade individual) faz-

---

<sup>179</sup> Maiores conceitos, definições e conteúdos não serão apresentados e detalhados, considerando os limites do presente trabalho.

se necessária a consideração de que tal limite deve ser assegurado a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar. A verificação do limite da excepcionalidade individual (vertical) deve ser acompanhada constantemente, pois pode e certamente sofrerá variação (estando garantida a prestação da essencialidade universal) para mais e para menos, considerando a possibilidade de variação orçamentária e a descoberta de novas doenças e novas curas, bem como, os constantes avanços científicos e tecnológicos, que fazem com que o próprio custo dos tratamentos possam variar constantemente.

Assim, numa verificação de atendimento à determinada necessidade, quanto maior o grau de essencialidade da prestação, maior deve ser a motivação para justificar que ela não seja atendida; por outro lado, quando maior o grau de excepcionalidade da prestação, maior deve ser a motivação para justificar que ela seja atendida. Tendo que, necessariamente, na consideração da excepcionalidade, ter um limite máximo, definido (pactuado) como intransponível.

Indiferente da discussão acerca da independência, da competência e dos limites de cada um dos poderes públicos instituídos, ou seja, sobre a competência do Executivo e do Legislativo de estabelecerem os limites do orçamento a ser gasto com saúde; da competência do Executivo na execução e realização das políticas públicas de saúde, no limites do seu orçamento; ou na competência do Judiciário de fiscalização e controle das razões dos atos dos outros poderes, ou de determinação de realização de determinado ato que entenda estar sendo ilegalmente descumprido (como a prestação de determinado atendimento a uma necessidade concreta na área da saúde), o questão fundamental, deve estar centrado no entendimento de que, conforme Gustavo Amaral “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia”.<sup>180</sup>

Assim, cabe sim ao judiciário cumprir seu papel de controle e fiscalização, tanto dos atos dos demais poderes (mormente do executivo em relação ao assunto da presente análise), como das razões e motivações dos mesmos, e cabe também ao judiciário, quando necessário determinar a iniciativa de determinados atos que deveriam ter sido tomados pelos demais poderes e não o foram por omissão ou outras motivações, porém, tudo isso, nos limites orçamentários e financeiros e dentro do critério de isonomia pactuado pela sociedade.

---

<sup>180</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

Portanto, havendo tal pactuação, de forma clara, transparente e mais democrática possível, e havendo um eficaz controle social, com a participação de representantes dos poderes e órgãos públicos instituídos e afins, e de uma ampla representação social, não haverá espaços para omissões ou exageros (benevolentes) dos poderes executivo e legislativo por um lado; nem decisionismos discricionários e arbitrários do poder judiciário por outro.

A sociedade, na pretensão e na necessidade de manter o pacto social firmado e consubstanciado na Constituição Federal, que deve ser respeitada, praticada e efetivada, sob pena de um rompimento do pacto, de uma quebra da institucionalidade e da instalação da barbárie, há de encontrar formas e mecanismos para tornar possível, viável e equânime a prestação universal e eficaz da assistência à saúde, como um dos direitos fundamentais estabelecidos, dando, dessa forma, efetividade a Constituição Federal e, consequentemente, melhores condições de vida digna à universalidade dos cidadãos.

Porém, não há dúvidas que para que isso ocorra é necessário discutir o direito à saúde em seu caráter abrangente e transdisciplinar, fazendo com que sejam ultrapassadas as fronteiras das ciências, entendendo a saúde como um bem e uma necessidade da comunidade e não de indivíduos isolados em si. Conforme Sandra Vial, a compreensão da saúde como direito fundamental exige uma luta contínua para sua consolidação, como um bem comum que deve perpassar toda a sociedade, “fundado na solidariedade, na fraternidade e no compartilhar; significa ver o outro como um outro eu”.<sup>181</sup> Somente assim, poderemos ser cidadãos no sentido mais amplo possível, refletindo a saúde em sua dimensão comunitária e universal.

Nesse mesma linha, também são várias as áreas que devem ser incluídas e analisadas quando se pretende discutir o direito à saúde num caráter transdisciplinar e abrangente. A questão do saneamento básico, por exemplo, é um tema que precisa ser melhor entendido como inerente a saúde da pessoas e efetivamente ser enfrentado com a preocupação e seriedade que o mesmo merece. Nesse sentido, é importante verificar os resultados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que anualmente realiza a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD.

---

<sup>181</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 187 - 192

Conforme informações do PNAD de 2009,<sup>182</sup> embora tenham ocorrido muitos avanços econômicos para grande parte das pessoas, o que efetivamente eleva às condições de vida dessas pessoas; nas prestações dos serviços públicos, principalmente na área de saneamento básico, esses avanços ocorreram em ritmo muito mais lento do que o necessário. A rede de esgoto, por exemplo, vem evoluindo em taxas muito abaixo daquelas registradas no crescimento médio da população. Conforme números do PNAD, o acesso das pessoas ao saneamento básico evoluiu de 46,4% dos domicílios pesquisados em 1992 para 59% em 2009<sup>183</sup>. Portanto, uma tímida melhoria verificada em duas décadas, muito longe de representar uma real possibilidade desse serviço essencial às pessoas, e fundamental para alcançar as condições do meio onde as pessoas vivem, necessárias para o atendimento universal do direito à saúde.

Por tudo isso, é que a Constituição Brasileira não pode mais ser interpretada nos limites da dogmática jurídica tradicional, é necessário que seus interpretes assumam uma posição que supere o paradigma liberal-individualista de Direito, frente ao novo paradigma hermenêutico trazido pela viragem linguística. A hermenêutica jurídica é existência, faticidade. O Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Diante desse novo paradigma hermenêutico, o Direito deve assumir seu papel frente o Estado Democrático de Direito, visando a efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar, superando, dessa forma, a baixa efetividade constitucional.

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito precisa ser compreendido como instrumento de transformação social, possibilitando, dessa forma, a efetiva concretização prática das transformações sociais necessárias e respaldadas por um Estado que precisa ser intervencionista, agente e protagonista da efetivação plena de um constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos fundamentais, não é possível se sustentar a cisão proposta e praticada, pois sem a concretização dos direitos sociais, não é possível pretender a integral implantação dos direitos civis e políticos, nem mesmo é possível pretender-se um Estado

---

<sup>182</sup> BRASIL. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Síntese de Indicadores*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad\\_sintese\\_2009.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf) Acesso em 05. out. 2010.

<sup>183</sup> Ibid.,

Democrático, sem o cumprimento dos compromissos dos direitos sociais. Também é necessário a superação do discurso da utopia constitucional, primando por tornar realidade o seu conteúdo comprometido com a igualdade e a justiça social.

Dessa forma o direito à saúde tem sido um dos temas primordiais, quando se discute a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. A Constituição Brasileira estabeleceu que a saúde como um dos direitos fundamentais, é direito de todos e dever do Estado. Em que pese a divisão doutrinária a jurisprudencial e a limitação de recursos, o Poder Judiciário tem eventualmente determinado o cumprimento do que entende ser direito subjetivo do cidadão, desconsiderando para isso, o alto custo que tal ato pode causar ao orçamento público, o que é entendido, por outro lado, como prejuízo à execução de programas de políticas públicas gerais à população.

De qualquer forma, não é possível manter-se o descumprimento desses compromissos sociais históricos e constitucionalmente resgatados pelo pacto social, sob a argumentação de que ou a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida, ou seu cumprimento torna-se impossibilitado pela falta de recursos financeiros e orçamentários. O princípio da universalidade, consagrado na Constituição Brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que necessitam, independente do grau de riqueza ou condições de vida daqueles que buscam assistência, mormente por se tratar de um serviço primordialmente público, resultado do pacto constitucional realizado.

Assim, relacionando a questão do cumprimento do direito fundamental à saúde com o Princípio da Eficiência, podemos concluir que a eficiência do Estado nesse aspecto, deve ser medida no atendimento, em *primeiro* lugar a universalidade da prestação essencial; em *segundo* a maior otimização e excepcionalidade (conforme acima delimitado). A eficiência, considerando o conjunto dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que visam a garantia da dignidade da pessoa humana, jamais poderá ser verificada de forma isolada, no atendimento à saúde de uma pessoa que consegue ter o seu direito otimizada, muitas vezes por determinação de uma decisão judicial, em detrimento das possibilidades de universalização desse mesmo direito; a eficiência deve ser verificada e medida, na proporção da universalização desse direito de forma mais otimizada possível.

É por isso que objetivando dar condições de efetividade a esse compromisso ousou-se apresentar uma estruturação da verificação de possibilidade da prestação assistencial à saúde,

uma espécie de “pirâmide de abrangência”, priorizando a *garantia* da prestação da “essencialidade universal”, e na proporção da *possibilidade* a prestação da “excepcionalidade individual”, essa, sempre, sem comprometer a garantia da essencialidade universal.

Porém, qualquer alternativa só se tornará viável e efetiva, havendo uma pactuação, de forma clara, transparente e mais democrática possível, com ampla participação e controle social, pois, na pretensão e na necessidade de manter o pacto social firmado e consubstanciado na Constituição Federal, que deve ser respeitada, praticada e efetivada, sob pena de um rompimento do pacto, de uma quebra da institucionalidade e da instalação da barbárie, há de se encontrar formas e mecanismos para tornar possível, viável e equânime a prestação universal e eficaz da assistência à saúde, como um dos direitos fundamentais estabelecidos, dando, dessa forma, efetividade a Constituição Federal e, proporcionando, dessa forma, condições de vida digna à universalidade dos cidadãos, tornando o Estado, assim, eficiente na forma determinada pela Constituição.

## 2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO MAIS UM MITO DA CULTURA POSITIVISTA

### 2.2.1 A formação da cultura e das instituições e a produção de mitos

A cultura institui padrões de comportamento humano. Determinados comportamentos são adotados e instituídos como padrões de convivência social, considerados corretos para aquela sociedade que os instituiu. Assim, as instituições<sup>184</sup> são produtos de uma determinada cultura.

A formação dos padrões de comportamento humano ocorre em razão do fenômeno psicológico da imitação; uma repetição intencional de comportamentos anteriores próprios ou de outras pessoas. Para que determinados comportamentos se tornem padrões, há a necessidade de que os mesmos sejam entendidos, por gerações sucessivas, como respostas individuais eficientes frente aos desafios do meio e das relações de convivência naquela

---

<sup>184</sup> O termo “instituição” compreendido aqui não no sentido de uma estrutura humana e material utilizada para a realização de determinadas ações sociais ou coletivas; também não no sentido de órgãos públicos, instituídos por meios legais, como a estrutura material ou humana do Estado, que tenham o objetivo de atender as necessidades públicas. O termo aqui deve ser compreendido no sentido de cada um dos costumes ou estruturas sociais estabelecidas, ou por lei ou consuetudinariamente, em determinado Estado, povo ou território, como o casamento, a família, etc.

sociedade.<sup>185</sup>

O hábito da repetição de determinado comportamento poderá ser propagado na comunidade impulsionado pela sua funcionalidade, tornando-se, assim, um costume inserido e dimensionado na escala de valores daquela sociedade. Se o costume for considerado útil numa verificação teleológica, então estará em condições de se perenizar, tornando-se uma instituição.

Edward Burnett Tylor,<sup>186</sup> apresenta uma definição de cultura ou civilização como sendo algo “adquirido” pelo homem como “membro de uma sociedade”: “é aquele todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos”. Assim, para Tylor a cultura não é uma coisa inata, dada; mas sim, algo que é adquirido e formado pelo homem na sociedade em que vive. Dessa forma, para a compreensão de determinada cultura deve ser considerando, como um dos principais pressupostos, a verificação e compreensão da própria sociedade em que está inserida.

Uma cultura é, assim, um complexo de instituições desenvolvidas em uma sociedade<sup>187</sup>, através da repetição de comportamentos considerados funcionais, produzindo um padrão regular de conduta de seus indivíduos que são cotidianamente previsíveis e esperadas. Essa previsibilidade de comportamento instituída através da cultura produz na vida da sociedade uma sensação de estabilidade e segurança.

Conforme Moreira Neto, esse comportamento considerado necessário, ou simplesmente útil, que é imitado e reiterado em escala social e que lentamente se sedimenta em instituições, demonstra o relevante papel desempenhado pelo consenso para a coesão social, tanto na origem do poder coletivamente considerado, como natureza da organização

---

<sup>185</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *A scientific theory of culture and other essays*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944. *Apud* MOREIRA NETO, op. cit., p 34.

<sup>186</sup> TYLOR, Edward Burnett. *Cultura primitiva*, in *Evolucionismo cultural: Textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. Org.: Celso Castro. Trad.: Maria Lúcia de Oliveira. p 69.

<sup>187</sup> Conforme Moréia Neto, as culturas mais eficientes são aquelas que se mostraram aptas a produzir civilizações ao longo da História. “A maioria das culturas não logrou produzir civilizações, como tantas que a História registra e outras que ainda existem, principalmente na África e na Oceania. Algumas, todavia, lograram produzir civilizações, muitas delas esplêndidas, como a egípcia, a chinesa, a asteca etc., mas, destacadamente, algumas especialíssimas, como o foram as clássicas, grega e romana, que produziram o amálgama cultural que hoje dá fundamento e caracteriza a civilização ocidental.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 35.)

social.<sup>188</sup>

Porém, ressalta o autor<sup>189</sup>, que ao lado do consenso o fenômeno da imposição por meio da força também tem a capacidade de produzir relações pessoais reiteradas e estáveis, gerando, também dessa forma, instituições que proporcionam segurança naquele determinado meio social, Embora, tais instituições fundadas na imposição da força, seja pela coerção, pela ameaça, ou simplesmente pelo temor reverencial, não sejam tão duradouras quanto aquelas fundadas pelo consenso. Entre as duas (consenso e força) podem ainda estar as relações híbridas, que são suportadas com base na coerção, mas contam com um mínimo de aceitação.

Com base nas características consensuais desenvolvem-se dois modelos de organização da sociedade: o modelo contratual, formado de modo induzido, no sentido do entendimento de que determinado comportamento foi por todos pactuado e, portanto, a ele todos passaram a ser obrigados; e o modelo convencional, formado de modo espontâneo, no sentido de que determinado comportamento consensual foi por todos adotado espontaneamente, não estando, portanto, a ele obrigados, mas sim, convictos de que aquele comportamento é o melhor para todos.

Conforme Moreira Neto, o consenso convencional é fruto da presunção de cumprimento da expectativa que todos se comportarão da forma previsível, surgindo daí, uma confiança de que haverá reciprocidade de comportamento. Assim, o conceito consensual convencional, distintamente do contratual, parte “da idéia de que a segurança obtida convencionalmente resulta da presunção de que todos se comportarão de acordo com a expectativa de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo previsível comportamento”.<sup>190</sup> Dessa forma, com base nessa presunção pode germinar na sociedade a confiança, caracterizada numa expectativa de reciprocidade.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 36 e seg.

<sup>189</sup> MOREIRA NETO, loc.cit.

<sup>190</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 38.

<sup>191</sup> É interessante observar o sentido que pode ser retirado da lição de Ronald Dworkin, quando analisa as regras sociais, e utiliza os conceitos de moralidade concorrente e moralidade convencional. É necessário verificar que no texto do autor norte-americano há um sentido diverso ao conceito da expressão “moralidade convencional” daquele dado por Moreira Neto ao conceito de “consenso (espontâneo) convencional” (especialmente quanto ao termo “*convencional*”). O sentido conceitual do termo “convencional” no texto de Dworkin, guarda maiores semelhanças ao termo “contratual” usado por Moreira Neto, do que aquele do próprio termo “convencional” desse autor. Ensina Dworkin que: “Uma comunidade exhibe uma moralidade concorrente quando seus membros estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma – ou quase a mesma – regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra. Uma comunidade exhibe uma moralidade convencional quando leva em conta o fato do acordo.” In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 85.

Verifica-se a distinção de compreensão que uma pessoa pode fazer em relação ao comportamento que deve ter em determinadas circunstâncias. Nas relações baseadas nas características consensuais (pilares que fundamentam a organização da sociedade moderna) – e, principalmente nos consensos de modelo convencional, que é formado de modo espontâneo, ou seja, por todos adotado espontaneamente, convictos de que aquele comportamento é o melhor para todos – conforma uma coação moral tácita, pois há uma presunção de que a expectativa de reciprocidade em relação a determinado comportamento seja cumprida, conforme previsível e esperado pelos demais membros da sociedade, sob pena de quebra de confiança.

Nos comportamentos baseados em uma moralidade concorrente essa coação moral tácita não se mostra presente (ou pelo menos não daquela forma do consenso convencional), pois o fato dos membros estarem de acordo sobre a existência dessa regra normativa – norma de comportamento – não é essencial para afirmar a existência dessa regra e, portanto, também não é essencial esse consenso (ou expectativa de comportamento), para que aquele comportamento (ou conduta) previsível, efetivamente se concretize.

Dessa forma, parece ser possível compreender a positivação do Princípio da Eficiência no ordenamento jurídico, mas precisamente a sua constitucionalização, como o atendimento a uma necessidade cultural de positivação das regras. Necessidade essa produzida e cultivada pelo paradigma imposto (e ainda fortemente mantido) pela dogmática jurídica tradicional, que tem na norma positivada a sua principal fonte de Direito.

#### 2.2.1.1 A produção do mito como estratégia de acomodação social

No sentido que lhe foi atribuído pela Antropologia,<sup>192</sup> o mito é uma produção espontânea das sociedades humanas, são regras práticas produzidas para a orientação do homem. Já para a Sociologia,<sup>193</sup> o mito representa uma criatividade cultural existente fora do campo empírico.

O mito, mesmo estando fora de qualquer racionalidade, pode desenvolver condições de gerar poderosos dogmas, e exatamente por serem dogmas, prescindem de qualquer

---

<sup>192</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. Myth in primitive psychology. In: MALINOWSKI, Bronislaw. *Magic, science and religion, and other essays*. Glencoe, Illinois: Free Press, 1948.

<sup>193</sup> MACIVER, Robert Morrison. *The Web of government*. New York: Macmillan, 1947. p. 3-12.

comprovação quanto à sua validade. Porém, pelo mesmo motivo, também não admitem qualquer refutação racional.<sup>194</sup>

Travestido de um falso dado real, o mito pode possuir um imenso potencial mobilizador irracional, que pode gerar profundas conseqüências culturais e sociais.

“Ora, um *conjunto de dogmas*, estruturado com alguma coerência interna, por vezes com alguma elaboração racional, pode ocasionalmente ingressar na História travestido como um falso dado da civilização, embora dotado de peculiar aptidão para gerar uma visão cósmica do mundo e da vida – uma *Weltanschauung* sedutora – quase sempre dispondo de um imenso potencial mobilizador por seu profundo apelo emocional, e por isso, em suas expressões mais acabadas, possa ser capaz de estruturar a formação de *ideologias*, entendidas como complexas estruturas mentais fechadas e acríticas, voltadas a transformar, mas que explicar, o mundo e, para tanto, capazes de polarizar correlatas organizações de poder, geralmente de caráter intolerante e autoritário.<sup>195</sup>

Por isso, é fundamental a capacidade crítica de fazer a correta distinção entre a realidade e o mito.

Na construção histórica da sociedade e do Estado Brasileiro temos inúmeros exemplos de acontecimentos que foram encarados com certo valor mítico, sem a preocupação de uma especulação racional sobre a realidade dos mesmos. Holanda cita, por exemplo, dois fatos que podemos identificar como tendo uma aceitação mítica. Um deles foi a pacífica e harmoniosa passagem do Império para a República, com a mera substituição dos governantes e a edição de leis formalmente perfeitas, desimportando a sua aplicação prática; A outra foi a importação das ideias do positivismo comtiano, como algo perfeito e ideal para a sociedade brasileira.<sup>196</sup>

Não se pode esquecer que no entendimento de Holanda, o poder mítico daquelas idéias fundiu-se com a passividade cordial com que são aceitas fórmulas alienígenas como se as mesmas pudessem milagrosamente resolver questões que a racionalidade não tenha alcançado solução.

Pois, nesse mesmo sentido, parece que em relação à constitucionalização do Princípio da Eficiência, a realidade não é outra. Tratou-se de mais uma ideia mítica posta como suficiente para a solução dos problemas históricos da ineficiência do Estado Brasileiro. Além disso, nesse caso também, a ideia do mito, de que agora os problemas relacionados à

---

<sup>194</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 97.

<sup>195</sup> Ibid., p 98.

<sup>196</sup> Ver mais em: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras. 1995.

ineficiência estariam resolvidos, confunde-se com a cultura dominante positivista do sistema jurídico, de que faltava a positivação para a sua eficácia.

Não se pode esquecer também, que a conjunção dessas duas idéias: do “mito milagroso”, com a eficácia da positivação, também servem como elemento de anestesia social coletiva, que precisa ser ativado sempre que surgem necessidades que tornam muito difíceis a acomodação das pressões e das manifestações públicas que clamam por soluções corretas e eficazes contra, por exemplo, escândalos e atitudes patrimonialistas relacionadas ao Estado Brasileiro.

Nesses casos deflagra-se a produção de espetáculos<sup>197</sup> hipnotizantes, que apresentam soluções míticas produzindo imediato efeito de uma acomodação social, para posterior diluição e esquecimento dos problemas questionados. Nesse sentido Le Mouël,<sup>198</sup> entende que numa sociedade de aparências o *manager* nada não faz do que produzir espetáculos, objetivando limitar e inibir a comunicação, apesar da abundância dela.

Gabardo, num entendimento que leva as mesmas conclusões, afirma que “busca-se incessantemente a mudança, para que tudo fique como está, sem que sejam atacados os reais problemas. Assim, é que o Princípio da Eficiência transforma-se em mito; uma mera representação dentro de um espetáculo maior, cujo título é neoliberalismo e o cenário, a pós-modernidade”.<sup>199</sup>

Portanto, a positivação, com sua inclusão na Constituição Brasileira, entre os princípios que devem nortear a Administração Pública, não dá, por si só, a esse princípio a eficácia pretendida. Nem mesmo, por outro lado, como já visto, necessitava esse princípio de maior positivação para que o cumprimento do mesmo pudesse ser exigido do Estado e de seus agentes.

---

<sup>197</sup> Sobre os espetáculos produzidos pelo Estado Janine Ribeiro entende que “embora os recursos utilizados pouco se assemelham aos da antiga realeza, os princípios a reger sua teatralidade conservam-se, mais ou menos, os mesmos – impressionar o comum dos homens, conquistar seu respeito e obediência, em suma, reduzir o cidadão à espectador.” Cf.: RIBEIRO, Renato Janine. *A última razão dos reis – ensaios de filosofia e política*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 10.

<sup>198</sup> MOUËL, Jacques Le. *Crítica de la eficacia – Ética, Verdad y Utopia de un Mito Contemporáneo*. Barcelona: Paidós, 1992, p 15.

<sup>199</sup> GABARDO, op. cit., p. 72

### **2.2.3 A Constitucionalização do Princípio da Eficiência como resposta à necessidade cultural da tradição jurídica dominante**

A cultura positivista é baseada na compreensão de validade daquilo que pode ser diretamente observado, experimentado, medido e confirmado de forma exata, sem possibilidade de dúvida. Assim, qualquer pensamento, ideia ou ação que foge desses padrões matemáticos de aferição não é considerado válido. Pois a sociedade ocidental institucionalizou a cultura positivista, com sua exatidão matemática, como a única válida para orientar a ciência e a conduta social. Ou seja, convencionou-se que o positivismo é o modelo a ser seguido.

Assim, convencionou-se que em matéria de Direito, esse deve ser previamente pactuado, mas mais do que isso, deve ser positivamente formalizado, para que tenha validade. Dessa forma, foi convencionado e pactuado que o Direito deve ser formal para que tenha validade.

Pela tradição jurídica ainda dominante, o Direito está ligado a uma grande crença na ideia de racionalidade, vinculada a uma forte noção de positividade. O principal autor que melhor representa essa matriz epistemológica da normatividade é Hans Kelsen,<sup>200</sup> teorizada na sua obra: Teoria Pura do Direito. Essa cultura jurídica está ligada à concepção que privilegia um Direito baseado em normas positivadas originárias da capacidade de criação e, portanto, de positivação do Estado. Assim, sob a influência do neokantismo e seu ideal de “ciência pura”, Hans Kelsen elaborou a sua teoria do Direito.

Essa teoria implica num ideal que pretende separar o conhecimento jurídico de outras ciências, como a metafísica, a moral, a ideologia, a política, etc. Nesse ideal de pureza, Kelsen tem, no dualismo kantiano uma de suas diretrizes epistemológicas basilares, identificadas na dicotomia ser/dever ser, que apresenta a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Diante dessa oposição, Kelsen optou em construir a sua teoria em um sistema jurídico centrado apenas no mundo do dever ser, superestimando, dessa forma, os aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.

Kelsen, nessa busca de depurar o Direito, embora entendendo a complexidade do mundo, dividido em seus aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos e históricos,

---

<sup>200</sup> KELSEN, op. cit.

entende que cabe ao cientista do Direito a construção de um objeto analítico próprio do Direito, evitando a influência das demais ciências sociais. Dessa forma, para Kelsen, um fato do mundo só é jurídico se for conteúdo de uma norma, caso contrário, pode pertencer a qualquer outra ciência, mas não ao Direito. Há, dessa forma, a imputação de uma conduta (permissão ou proibição) que deve ser seguida, tendo, portanto, um caráter prescritivo. A base da epistemologia de Kelsen,<sup>201</sup> está no princípio da imputação, já que no âmbito, vige o princípio da causalidade, sem qualquer articulação de valor moral ou político decorrente. O resultado, portanto, é consequência juridicamente atribuível à condição.

Nesse entendimento, o Direito produz normas de condutas, sobre as quais não é permitido o questionamento de seu valor axiológico, apenas deve ser observado se são válidas ou inválidas. Assim, em relação ao caráter de validade da norma, a mesma somente tem validade se produzida pelo Estado e formalmente positivada.

Dessa forma, não é difícil de compreender a necessidade cultural de positivação de todas as normas de conduta, num cumprimento a dicotomia imposta: positivado vale, não positivado não vale.

Moreira Neto, ao tratar do Princípio da Eficiência entende que “presumidamente, toda ação, seja pública ou privada, deve ser *eficiente*, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera.”<sup>202</sup> Esse entendimento, portanto, se estende a todas as áreas das relações humanas, sejam públicas, sejam privadas. Sendo assim, pergunta-se: seria efetivamente necessário a positivação do Princípio da Eficiência na Constituição Brasileira, para que pudesse ser cobrado eficiência nas ações do Estado e de seus agentes? E mais, teria a positivação desse princípio o condão de torná-lo eficaz?

Nosso entendimento é que não. Não seria necessária a sua positivação, pois, primeiro, conforme Moreira Neto, toda ação seja pública ou privada tem que ser eficiente por natureza e, portanto, não necessita de positivação jurídica. Por outro lado, mesmo que necessitasse de positivação para possibilitar a sua cobrança jurídica, tal positivação já se encontrava implicitamente presente nos demais princípios, ou seja, o Princípio da Eficiência pode ser considerado presente ou como um subprincípio do Princípio da Legalidade, já que uma atuação estatal ineficiente é também uma atuação ilegal.

---

<sup>201</sup> KELSEN, op. cit.

<sup>202</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 126.

Portanto, no nosso entendimento, a inclusão do Princípio da Eficiência, não passa de um simples adorno à Constituição Brasileira, conforme entendeu Bandeira de Mello.<sup>203</sup>

Por outro lado, reforça-se que a positivação de uma determinada regra de conduta, além de atender a cultura positivista que se impõe na sociedade, também serve para a produção de mitos, implementando uma falsa crença de que com a positivação, determinada conduta será observada. Ou seja, não era observada anteriormente porque não estava positiva e formalmente disciplinada, agora, impõem-se sua observação e cumprimento.

Talvez, a equação das mazelas apresentadas pelo Estado, entre elas a sua ineficiência, passam pela melhor formação do capital humano de seus agentes e representantes, e menos pela positivação de normas de conduta.

#### **2.2.4 Formação humana como exigência para uma atuação eficiente do Estado**

A ciência e a literatura econômica já incorporaram o conceito de capital humano, como fator estratégico para o crescimento econômico. Sidgwick<sup>204</sup> foi um dos pioneiros a desenvolver os conceitos básicos da teoria do capital humano. Em suas contribuições esse autor mostrou que os recursos humanos constituem meios de produção tão importantes quanto qualquer outro tipo de capital.

Porém, é fundamental observar que para o propósito de uma atuação estatal eficiente, o conceito de capital humano não pode ficar restrito aquele dado pela ótica da economia, ou seja, na simples capacidade produtiva de caráter econômico, portanto, entendemos que o conceito de formação humana, não restrito ao termo “capital”, possa ser mais adequando para o atendimento das pretensões de uma atuação estatal mais eficiente.

Nesse sentido, inúmeros estudos tem demonstrado, já a longa data, a importância do investimento na formação humana, como fator de produção. Porém, não só em relação à produção, mas também, como forma de incremento da ética e do desenvolvimento institucional. Nesse sentido, os índices de desenvolvimento humano têm influencia direta na

---

<sup>203</sup> MELLO, loc cit.

<sup>204</sup> Sidgwick, H. Principles of Political Economy, 1883. apud. GIANNETTI, Eduardo. *Vícios Privados, Benefícios Públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo. Companhia das Letras, 1993.

participação e controle do Estado por parte dos cidadãos, como também na diminuição dos níveis de corrupção e de todas as demais formas de patrimonialismo, contribuindo dessa forma para um Estado mais eficiente.

Por isso, o conceito de formação humana não deve se restringir à aquisição de aptidões e faculdades intelectuais, ou seja, de natureza cognitiva, para o processamento e uso eficiente das informações com objetivos produtivos. A formação humana precisa incorporar o elemento da ética, atributos morais favoráveis à produção de bens, seja na forma de serviços prestados pelo Estado, ou em qualquer outra forma de utilização dos recursos públicos, em benefício à comunidade e não exclusivamente ao indivíduo.

Dessa forma, quando se analisa a questão do Princípio da Eficiência é importante não afastar a importância da formação humana para que o Estado que se pretenda eficiente possa sê-lo. Porém, conforme já se viu a formação não pode ficar restrita a formação meramente intelectual, ou seja, capacitação cognitiva que possa maximizar sua capacidade produtiva, pois dessa forma, se poderia ter eficiência, porém, de orientação predominantemente econômica, o que, embora necessário, não responderá às necessidades de um Estado eficiente.

No conceito de eficiência vários são os adjetivos que convencionou-se acrescentar ao mesmo, para melhor identificar e defini-lo: eficiência operativa, eficiência adaptativa, eficiência técnica, eficiência econômica, eficiência jurídica, entre outras. Porém, talvez ainda haja um outro conceito de eficiência que precisa ser melhor trabalhado, para que a sociedade e o Estado, conseqüentemente, possa efetivamente ser eficiente, porém, com uma eficiência que seja realmente proveitosa para a universalidade dos cidadãos, principalmente aqueles que precisam da atuação prestativa eficiente do Estado. Trata-se do que poderíamos identificar como “eficiência ética”.

A eficiência ética, como parte de uma maior preocupação do sistema de formação humana, proporcionaria que a sociedade se desenvolvesse institucionalmente de forma diferente; onde as regras de conduta humana, tivessem como orientadoras também as regras formais positivadas pelo Estado, mas, principalmente as regras informais produzidas no interior da sociedade, como princípios éticos que, entre outras coisas, produzissem uma preocupação e um interesse na produção e promoção de benefício à comunidade, universalmente considerada, e não exclusivamente ao indivíduo, numa ótica individualista solipsista. Talvez dessa forma, também poderia ser superado o discurso da necessidade de

eliminação no Estado dos “entraves burocráticos”, para torná-lo eficiente; porém, sem desconsiderar os aspectos negativos da burocracia citados por Hannah Arendt,<sup>205</sup> mas também superá-los, fazendo com que o indivíduo não fique isolado do todo, perdendo a noção de conjunto e desassociando-se da responsabilidade com o resultado final do processo, tornando este, apenas mais um número descomprometido numa estatística desumana.

Uma sociedade institucionalmente desenvolvida, com o profundo desenvolvimento de padrões éticos e que tivesse uma preocupação com a eficiência ética, certamente teria melhores condições de delimitar de forma clara, por exemplo, entre o que é público e o que é privado, e fazer com que o Estado fosse um Estado efetivamente Democrático e de Direito, com preocupação efetiva de concretização dos preceitos constitucionais, principalmente com o objetivo de respeitar, atender e garantir os direitos humanos fundamentais, pilares mínimos para a conquista da dignidade da pessoa humana.

### 2.3 A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Considerando todos os aspectos já analisados, é necessário verificar o que pode ou deve ser entendido como Princípio da Eficiência na realidade do Estado Brasileiro: sua compreensão, sua correta aplicação e suas conseqüências nesse contexto. Ou seja, considerando que é necessário uma interpretação integrada e sistemática de todo o sistema jurídico brasileiro – inclusive e principalmente o que orienta as ações do próprio Estado – e tendo esse como instrumento de fecho e orientador geral, a Constituição, é necessário analisar onde e como o Princípio da Eficiência na administração pública se incorpora no texto e no contexto constitucional e da vida do Estado e conseqüentemente, como reflexo direto ou indireto, na vida dos cidadãos brasileiros.

Não há dúvidas que, principalmente em se tratando do Estado, de administração pública e, conseqüentemente, de recursos públicos seria irracional admitir-se que os governos tivessem legitimidade para desperdiçar tais recursos em políticas e ações irrealistas, improvisadas e infrutíferas, numa simples simulação de que agindo dessa forma estaria a buscar o atendimento do interesse público. A ineficiência não pode ser racionalmente admitida e legitimada, devendo ser tratada, obviamente, como uma anomalia, estranha

---

<sup>205</sup> AREND, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 32 – 47.

(embora sabidamente presente) á essência e a natureza das ações e das relações sociais, seja no âmbito da vida pública ou privada. Mas no que consiste essa eficiência na administração pública é uma questão que tem diversas formas de ser compreendida.

### **2.3.1 Visão Neoliberal: Eficiência, resultados e desburocratização**

Tratando do que denominou de novos paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno, Moreira Neto entende que com esses novos paradigmas a gestão burocrática vai ficando relegada ao passado, pois sua introdução “imprime à atividade administrativa pública elevados níveis de *eticidade* e de praticidade que, por si sós, já vão relegando ao passado a velha *gestão burocrática*, na qual a qualidade *ética* se atendia notadamente com o cumprimento das formalidades...”<sup>206</sup>.

Nesse raciocínio a aferição da eficiência do Estado é relacionada diretamente ao resultado alcançado, mediante uma ótica de gestão gerencial que afasta a burocracia e a formalidade dos atos administrativos praticados na busca dos resultados pretendidos. Dessa forma, a eficiência não se alcançaria com a satisfação dos procedimentos mais adequados e sofisticados possíveis na atividade pública. Para Moreira Neto é, sobretudo necessário que o próprio resultado da gestão pública “atenda as *legítimas* pretensões dos administrados e o faça *eficientemente*, vale dizer, a legitimidade deve estar nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem *eficientemente* as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado.”<sup>207</sup> Com isso o autor busca um resultado preponderantemente finalístico, sem a intermediação da prática burocrática.

É sabido que a relação causa efeito nem sempre ocorre da forma pretendida ou buscada. Há ocasiões em que o emprego dos melhores e mais sofisticados meios não resultam nos melhores resultados, ou, naqueles pretendidos e esperados; porém, se não utilizar-se dos melhores meios na busca dos melhores resultados, outros, que não sejam “os mais adequados e sofisticados”, terão maior possibilidade de alcançar os resultados pretendidos? Numa análise de probabilidade a resposta, obviamente, seria “não”.

Assim, o autor propõe na verdade a superação dos ritos formais inerentes a uma

---

<sup>206</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 29.

<sup>207</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 30.

atuação burocrática de Estado, como se fosse esse, por si só, o motivo da atuação estatal ineficiente. Assim, com privilégios à funcionalidade e a superação da burocracia, o Estado seria funcionalmente, orientado por uma teoria da eficiência.

“Para construí-la, o importante não é mais o ritualismo do *ato administrativo*, do *contrato administrativo*, do *ato administrativo complexo*, nem o do *processo administrativo* e, nem mesmo, mais recente, o do *complexo de processos administrativos*, que conforma políticas públicas, planejadas e em execução, mas, o que, afinal, é a todos comum: o *resultado eficiente* que de cada um deles se espera.”(sic)<sup>208</sup>

O ritualismo do ato, do contrato, e do processo administrativo nunca foi “importante” por si só; sempre foi, sim, necessário. Porém nunca mais importante do que o resultado eficiente que deveria ser alcançado pelo conteúdo material de cada um desses instrumentos da administração pública. Afirmar que a ritualização formal dos instrumentos burocráticos da administração pública é (ou tem sido) mais importante do que o resultado de seus conteúdos é identificá-los com a marca da inutilidade, da desnecessidade, e da perversidade de sua existência, o que não é real, ao menos considerando os motivos teóricos racionais de sua criação e existência.

A formalidade dos atos, dos contratos e dos processos, portanto, a burocracia, é um elemento de extrema importância na administração pública. O fato de que a burocracia tem sido usada como um fim em si mesmo, ou seja, como se a sua ritualização formal fosse mais importante do que os resultados que devem ser alcançados com o conteúdo material representado nesses, atos não significa que a burocracia seja por si só nefasta, e muito menos, desnecessária. A racionalidade procedimental da burocracia não é um problema em si mesmo; o problema está na sua autonomização e deturpação.

O excesso ritual e formal que ocorre, ora em maior, ora em menor grau dentro da administração pública, relegando à segundo plano o resultado pretendido e necessário, tem suas motivações alheias e externas à própria burocracia. A burocracia faz parte da essência do Estado, a sua perversão e abuso não. O formalismo irresponsável e a maximização da racionalidade burocrática é incontestavelmente pernicioso e não favorece a sociedade, apenas aos pequenos grupos dominantes que podem usá-lo e controlá-lo em seu benefício.

Conforme Cecília Vescovi de Aragão<sup>209</sup>, o termo “burocracia” surge como reação ao

---

<sup>208</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 110.

<sup>209</sup> ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um Ensaio. *Revista do*

centralismo absoluto do Estado. Assim, a formalização organizacional passou a ser uma necessidade do Estado como tentativa de superação de um personalismo disfarçado que culminou no patrimonialismo, assentado e legitimado na tradição cultural.

Gabardo, analisando as reformas que pretendem a flexibilização dos procedimentos estatais, entende que seu verdadeiro objetivo é ideológico, tendo um caráter simbólico. “O novo modelo que se tem buscado implementar é bom porque é (parece) mais eficiente. Para tanto utiliza-se sabiamente e conotação repulsiva que a burocracia possui perante o imaginário popular”.<sup>210</sup> Com isso, se trabalha para produzir o “consenso da insatisfação”,<sup>211</sup> pretendendo com ele, a aprovação adesista e pacificamente submissa da proposta da flexibilização liberal que se pretende implementar. Dessa forma, a legitimação simbólica<sup>212</sup> vai se impondo de forma suave e continua, implementando, dessa forma o seu objetivo de obter o controle político, cognitivo e afetivo do comportamento popular.<sup>213</sup>

Claro que no Brasil essa evolução do Estado personalista para o Estado Moderno ainda não se realizou de forma clara e completa. Em grande parte da máquina administrativa ainda persiste a mentalidade personalista que nada tem de caráter público e cujo único objetivo é a manutenção da defesa de interesses que perpetuam um estamento social dentro e através do próprio Estado. Essa confusão entre o público e o privado, faz com que se mantenha uma personificação absolutista. Assim, a gênese da burocracia brasileira, em contradição ao modelo legal burocrático da administração pública, criou e mantém, um Estado que é formalmente público e materialmente privado.

Porém, ao se tratar de análises sobre o Estado (assim como qualquer outra instituição, órgão ou corpo), suas virtudes e mazelas; seu tamanho ideal; suas funções, competências e capacidades; sua necessidade ou não; etc. não se pode utilizar um elemento (parte), seja ele positivo ou negativo, e estender a qualidade inerente a esse único elemento ao todo, como se a qualidade do todo, se resumisse à qualidade daquela parte. Quando em alguma parte houver

---

*Serviço Público*, ano 48, n 3. Brasília: ENAP, set./out., 1997, p. 108.

<sup>210</sup> GABARDO, op. cit., p. 66.

<sup>211</sup> BRAGA, Douglas Gerson. *Conflitos, Eficiência e Democracia na Gestão Pública*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998, p. 36

<sup>212</sup> Sobre a aceitação do poder simbólico Gabardo entende que: “Os indivíduos, em certa instância de legitimação, exigem um fundamento que supere o real, por absoluta insuficiência deste. Sendo assim, torna-se mais fácil compreender o porquê da aceitação da figuração simbólica que em nada reproduz a realidade”. Cf.: GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Editora Manole, 2003, p. 36.

<sup>213</sup> OLIVEIRA, Sidney Nilton de. As estratégias de gerenciamento do trabalho nas organizações modernas. *História – Questões & Debates* n. 29. Curitiba: Editora da UFPR, ago./dez., 1998, p. 86

defeito, como efetivamente, no assunto analisado há, o defeito dessa parte deve ser circunscrito à parte defeituosa e trabalhar na sua extirpação (ou ao menos diminuição), mas não se pode considerar que, automaticamente esse defeito seja estendido ao todo. Da mesma forma quando outra parte tiver inerente a si, uma virtude que se destaque, não se pode acreditar que essa virtude, automaticamente, se estenda ao todo, é preciso, para que isso aconteça (se desejável) que sejam oferecidas as possibilidades e condições para tal.

Assim, também, tais fatos e circunstâncias ocorrem quando se trata do Estado ou da burocracia estatal, mas sempre deve se dar as devidas e corretas proporções ao problema, para que se possa analisar com correção, e propor alternativas de soluções. É verdade que esses excessos burocráticos tornam o Estado ineficiente, mas nem por isso desnecessário ou inútil; entender dessa forma é como entender, também, que o Estado é por natureza e, na sua essência, ineficiente, o que efetivamente não é. Aqui, mais uma vez, não se pode pegar uma parte, ou um defeito, pelo todo.

Não se pode generalizar a parte que está doente com a essência ou a natureza de todo o objeto estudado. Para Faoro, não se pode confundir “o estado patológico com o estado natural, em situações de labilidade que, apesar de aproximações empíricas, mantém a distância dos tipos ideais.”<sup>214</sup> Porém, essa confusão é largamente feita na doutrina que trata do tema; confundindo os vícios produzidos pelo abusado e excessivo uso da burocracia, com o modelo burocrático de administração pública. Faoro lembra que o estamento burocrático patrimonialista tem a capacidade de absorver e adotar as técnicas do Estado burocrático, como meras técnicas. “Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos.”<sup>215</sup>

Dizer que todo o Estado é por si só, por natureza e essência ineficiente, é um equívoco tão grande quanto dizer que a iniciativa privada (e seu ícone: o mercado), é de todo eficiente, por natureza e essência.

Por outro lado, também não é correto afirmar (por ser, no mínimo ingênuo) que o modelo gerencial de administração pública vai acabar com os vícios da burocracia, principalmente da burocracia estamental; assim como acreditar que a melhor solução para o excesso de formalismo é acabar totalmente com ele, ou negá-lo, através da implementação do

---

<sup>214</sup> FAORO, op. cit., p. 372.

<sup>215</sup> FAORO, op. cit., p. 368.

liberalismo administrativo. Analisando a preocupação de Weber, de que a burocracia poderia extrapolar o âmbito da eficiência técnico-administrativa, convertendo-se em aparato de determinação dos fins do Estado, Gabardo lembra que isto é exatamente o que vem ocorrendo a partir do modelo neoliberal, concretizado na forma do gerencialismo. A partir desse raciocínio, reforça-se a tese de que o real problema administrativo está na precariedade de instrumentos legitimadores, que muito facilmente transformam-se em mitos, através de sua autonomização.<sup>216</sup>

Portanto, assim como não há neutralidade em qualquer ação social ou estatal, também não há neutralidade na escolha dos instrumentos de gestão; e os “avanços” rumo a informalidade administrativa não recupera a eficiência, pelo contrario, pode implicar na decadência das conquistas sociais e democráticas até aqui alcançadas, e abrir as portas para o arbítrio do gerencialismo de resultados meramente econômicos.

O aparato burocrático é indispensável para a garantia da moralidade pública, possuindo, conforme Katie Argüello, “superioridade técnica incontestável como instrumento para a gestão administrativa das massas”.<sup>217</sup> Assim, o procedimento se coloca tanto como um instrumento moralizador, como assecuratório da justiça, inerente às relações do Estado e o cidadão.

Não é outro o entendimento de Carmen Lúcia Antunes Rocha para quem “o que importa, mais do que nunca na história, é o ser humano, fim da burocracia estatal. Esta não passa de um meio – o mais eficiente até agora pensado – que tem que se adequar à Justiça para o universo das pessoas que a compõe. A Administração Pública teve, pois, que se pensar e se propor humana, moral e justa”.<sup>218</sup> Esse conceito, portanto, precisa ser claramente apreendido, de que a burocracia não é um fim em si mesmo, mas um meio, até hoje não superado, para o alcance da isonomia de tratamento entre os administrados.

Essa isonomia de tratamento aos administrados, intimamente ligada à moralidade, somente pode ser alcançada pelo procedimento, sendo este, um mecanismo de manutenção e garantia da imparcialidade e da segurança jurídica. Gabardo conclui que “são os próprios ideais de justiça e moralidade que exigem a atuação procedimental da Administração, com um

---

<sup>216</sup> GABARDO, op. cit., p. 36.

<sup>217</sup> ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade – Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 36.

<sup>218</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 108

pilar da segurança jurídica ínsita ao Estado de Direito”.<sup>219</sup> Portanto, o procedimento burocrático, de forma legítima, é instrumento necessário para a realização da justiça e da democracia por parte do Estado.

Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho explica que a ação administrativa procedimental é “a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos”, configurando numa “condição indispensável para a concretização da democracia”.<sup>220</sup> Não é outro o entendimento de Adriana da Costa Ricardo Schier, que afirma ser o procedimento um mecanismo essencial para a realização da democracia, pois o mesmo possibilita a participação do cidadão nas decisões do Estado. São através dos procedimentos da administração pública que os direitos de participação podem ser exercidos, “tanto na dimensão em que concretiza o Princípio do Estado de Direito (na medida em que possibilita o controle de legitimidade dos atos administrativos) como na perspectiva que viabiliza o Princípio Democrático, pois garante o direito à intervenção dos cidadãos na gestão pública”.<sup>221</sup>

Assim, uma vinculação entre o procedimentalismo realizado de forma racional e legítima, e o processo de participação do cidadão na vida do Estado, produz uma correlação de mútua colaboração e legitimação entre a burocracia e a democracia. Dessa forma, a burocracia é um instrumento a serviço da democracia.

### **2.3.2 Resultados legítimos e eficientes**

#### **2.3.2.1 Sistema Gerencial de Administração Pública**

O Modelo de administração pública burocrática, característica do Estado Moderno procedimental, racional e impessoal, sendo deturpado pela manutenção de um “estamento burocrático” pautado no patrimonialismo, passou a produzir na sociedade preconceitos a sua presença: “o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica, mera negação”.<sup>222</sup> Assim, o modelo formal-burocrático passou a ser entendido como um sistema

---

<sup>219</sup> GABARDO, op. cit., p. 39.

<sup>220</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130.

<sup>221</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. “O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial”. Curitiba, 2001. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p77. *apud*: GABARDO, op. cit., p. 41.

<sup>222</sup> GABARDO, op. cit., p. 44.

precário, lento, dispendioso e, portanto, ineficiente.

A tendência proposta de abandono desse modelo fez com que nascesse três modelos básicos de reação à burocracia: o gerencialismo, a escola da *Public Choice* e a teoria do “principal-agente”.<sup>223</sup> Todos esses modelos, embora com tênues diferenças<sup>224</sup>, tem em comum a desburocratização administrativa e o liberalismo econômico, cujo respaldo “é buscado na esfera das mentalidades através de uma postura pragmática, de obtenção de resultados”.<sup>225</sup>

A escola da *Public Choice* defende a absoluta não intervenção do Estado na sociedade, declarando-o totalmente inútil; já a teoria do agente-principal, embora nesta, também prevaleça a ideologia neoliberal, acredita na necessidade da intervenção e controle por parte do Estado, tendo incluído em seu programa, inclusive, uma dimensão social, assunto esse, alheio no *Public Choice*.

Explicando a tentativa de sua implementação no Brasil, através do “Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado” de 1995, Gabardo lembra que no Brasil, optou-se por denominar o modelo de “gerencial” através da adoção do “Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado”, cujo conceito é permeada em sua genealogia pela presença marcante dos discursos e teorizações tanto da *Public Choice*, quanto da teoria do agente-principal.<sup>226</sup> Assim, na proposta brasileira destacou-se um modelo mais próximo ao gerencial, adotando sistemas de administrações empresariais na Administração Pública.

A legitimação dessas três correntes doutrinárias de reação ao sistema burocrático é eminentemente pragmático. Conforme Gabardo, “os resultados, os objetivos conquistados, as finalidades, são tomados não como princípios, mas como realidade fática, somente apreensível empiricamente, nos casos concretos”.<sup>227</sup> Com esse entendimento, a “racionalidade gerencial” desprestigia o procedimento, considerando um ato legítimo somente se o fim buscado for alcançado de forma satisfatória, deixando em segundo plano os meios utilizados.

---

<sup>223</sup> CARVALHO, Wagner. “A Reforma Administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: Controle Estratégico, Eficiência Gerencial e Accountability”. *Revista do Serviço Público* n 3. ENAP, set./dez., 1997, p. 24.

<sup>224</sup> Enquanto o gerencialismo busca a utilização na administração pública de princípios da administração privada; a *public choice* trabalha com a utilização econômica dos mecanismos de gestão objetivando a maximização do setor público; e a teoria do “agente principal” tem como objetivo a aproximação do Estado à sociedade. (CARVALHO, Wagner. “A Reforma Administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: Controle Estratégico, Eficiência Gerencial e Accountability”. *Revista do Serviço Público* n 3. ENAP, set./dez., 1997, p. 24 e ss.)

<sup>225</sup> GABARDO, op. cit., p. 45.

<sup>226</sup> GABARDO, loc. cit.

<sup>227</sup> GABARDO, op. cit., p. 48

O gerencialismo, dessa forma, contrapõe-se a um regime jurídico-administrativo, que no Brasil encontra amplo respaldo doutrinário e foi elevado à categoria constitucional. Gabardo ressalta o desconforto do gerencialismo com a regulação jurídica constitucional, ao explicar:

Um regime jurídico inflexível constitucionalmente não parece ser adequado à organização e à atividade administrativas que tenham como objetivo a “qualidade total”. Quanto menos regulação constitucional, mais espaço será criado para uma nova elaboração legislativa de índole gerencial. Normalização esta que é precária, porque assim se pretende ser. A postura pragmática privilegia a autonomia do indivíduo, mesmo no tocante aos negócios públicos.<sup>228</sup>

Dessa forma, o gerencialismo, ou seja, a proposta neoliberal para a administração do Estado defende a idéia de que este deve ser gerido com a maior autonomia possível de seu gestor; o administrador público deve gozar de grande parte da autonomia de que goza o administrador privado. Assim, as características básicas desse regime administrativo são a flexibilização da legislação rumo à autonomia da vontade e o informalismo.

Outro aspecto propulsor para a difusão da doutrina da administração gerencial na administração pública é a utilização de algumas técnicas que aparentam ser bem-sucedidas na iniciativa privada. A adoção do chamado “programa de qualidade total” dentro da administração pública é um exemplo claro dessa transferência de técnicas da administração privada para a pública.

Analisando as defesas da implantação da visão administrativa gerencial na administração pública brasileira, e propondo uma reflexão sobre até que ponto esta pretensão evolucionar se justifica, Gabardo entende que o plano idealizado por Luiz Carlos Bresser Pereira teve influência direta nos aspectos mais marcantes dessa proposta, que na prática patrocinou muito mais ênfase à privatização do que à “boa conduta pública”. E conclui que dessa forma, o programa gerencial, apoiado na revitalização do ideário liberal “ao nível das mentalidades e na correspondente ascensão da racionalidade pós-moderna, apresenta-se como “salto qualitativo” em termos de estrutura e gestão, em comparação à rigidez absoluta do regime jurídico administrativo característico do Estado Burocrático.”<sup>229</sup>

A reflexão provocada, desde logo verifica a incompatibilidade da proposta gerencial de administração pública, quando se está à frente de uma Constituição rígida e,

---

<sup>228</sup> GABARDO, op. cit., p. 49

<sup>229</sup> GABARDO, op. cit., p. 59

principalmente, dirigente como é o caso da Constituição Brasileira. A adoção das propostas de eficiência na perspectiva da administração gerencial mostra-se totalmente incompatível com os demais princípios constitucionais. A administração pública brasileira está estreitamente vinculada à legalidade, principalmente à legalidade de cunho constitucional dirigente; muito longe da vinculação negativa ao Direito a que está a administração privada.

Nesse sentido observa Adilson Dallari quando preconiza que a Administração do interesse público apresenta radicais diferenças em relação à gestão dos negócios privados. Enquanto que nas relações jurídicas entre particulares, o que importa é a vontade de cada um, que deve ser livre, pois são disponíveis; os interesses públicos são indisponíveis, por isso, a “atuação da administração pública como gestão de interesses qualificados como públicos é condicionada por uma série de fatores, cuja relevância os eleva à categoria de princípios.”<sup>230</sup>

A eficiência gerencial da administração privada, ao contrário dos interesses e da função da administração pública, legitima-se pela busca do lucro. A administração pública não pode pautar-se na busca do lucro, a sua função não é essa, “o lucro não é valor justificador das funções públicas. Cabe ao Estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana, a paz social”.<sup>231</sup> Mas não uma falsa paz social assegurada a custo do monopólio do uso da força e da coerção violenta, mas uma paz assegurada através de políticas públicas de inclusão social, coletiva e solidária, nos moldes do constitucionalismo social e dirigente.

Assim, também não basta apenas a realização e a concretização dos resultados que se pretende alcançar, com uma prática administrativa eficiente nos moldes do programa de “qualidade total”, mas também, o respeito aos meios que devem ser utilizados, em observância aos princípios da legalidade, da publicidade e outros.

Nesse sentido, Gabardo ressalta o que chama de incongruência entre o programa de qualidade total e gestão pública. Além de demonstrar a incompatibilidade entre esses dois regimes, exemplifica a completa inutilidade dos programas de qualidade total nos exercícios das funções públicas, principalmente, quando se trata de respeito aos princípios norteadores da administração pública, como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e outros: “Um deles é o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba, que foi um dos pioneiros a conquistar seu

---

<sup>230</sup> DALLARI, Adilson Abreu. “Administração Pública no Estado de Direito”. *Revista Trimestral de Direito Público* n 5. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35.

<sup>231</sup> PERREIRA JUNIOR, Jessé Terres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.44.

certificado de qualidade total. E logo após, também um dos primeiros a ser suspeito de má gestão de recursos, superfaturamento de obras e nepotismo”.<sup>232</sup>

Já em relação ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que em 1996, passou a implementar o Programa de Gestão pela Qualidade, criando dois comitês: o QTCM – Comitê Interfuncional da Gestão pela Qualidade Total e o CEDETEP – Comitê de desenvolvimento Educacional e Treinamento Profissional, além do ETQC – Escritório de Controle da Qualidade Total, ligado diretamente à Presidência, o autor faz a seguinte observação:

Finalmente, os paulistas podiam dormir sossegados, pois o *British Standards Institution* atestara a excelência do ente no cumprimento de sua missão: fiscalizar a gestão dos recursos públicos em São Paulo. Todavia, ainda que adotando em seu programa a teoria oriental do “gerenciamento por golpes marciais”, defendida por Vicente Falconi Campos, o TCM/SP foi nocauteado pelo peso pesado dos escândalos: o “Pitagate”. Mesmo o Certificado ISO 9001 não conseguiu salvar o TCM/SP do completo descrédito.<sup>233 234</sup>

Assim, a visão meramente gerencial, além de mostra-se inadequada para o enfrentamento dos problemas apresentados pela gestão da máquina pública, pois operam numa perspectiva diversa daquela preocupada com o interesse público de caráter universal, também tem se mostrada ineficiente para o enfrentamento dos vícios que a cultura patrimonialista implementou no interior do Estado Brasileiro, que teima em permanecer apesar dos esforços dos que a combatem.

### 2.3.2.2 A Busca por resultados

Nessa perspectiva, de uma visão mais gerencial e menos burocrático do Estado, Moreira Neto, definindo como “um novo conceito operativo para a administração pública”,<sup>235</sup> numa visão funcionalista do Direito Administrativo, entende que este não pode limitar-se na produção de quaisquer resultados, mas resultados que identifica como legítimos e eficientes.

---

<sup>232</sup> GABARDO, op. cit., p. 64.

<sup>233</sup> GABARDO, loc. cit.

<sup>234</sup> Aos exemplos citados inúmeros outros poderiam ser agregados, envolvendo os Tribunais de Contas de vários outros estados, que apesar de terem implementados os programas de qualidade total, tem inúmeras irregularidades, ilegalidades e inconstitucionalidades, como: participação de seus membros em processos de corrupção; nepotismo (se não direto, mas indireto ou cruzado com outros órgãos e poderes); privilégios com altos salários, acima do teto constitucionalmente estabelecido; ausência de regramento claro para a indicação de seus membros, favorecendo a práticas que violam os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e outros.

<sup>235</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 105.

... tudo partindo de uma *precisa e adequada vocação das funções cometidas a cada unidade prestadora*, de modo a satisfazer, da melhor maneira possível e com menores sacrifícios, demandas tradicionais e emergentes das sociedades de todas as latitudes, pouco importando quem será o prestador: se for uma entidade pública, privada, local, regional, nacional, multi ou metanacional. Em uma palavra: o que realmente importa é a *eficiência*, aferida pelo resultado.<sup>236</sup>

Com base nesse novo conceito operativo, a administração pública não precisar ser pública: podendo ser pública ou privada; e também, não precisa ser nacional: podendo ser nacional, multi ou metanacional. Trata-se, portanto, de uma visão neoliberal que defende, para a obtenção do que chama de resultados eficientes, por um lado, um Estado mínimo; e por outro, o desempenho da maioria das funções que seriam inerentes ao Estado, por parte da iniciativa privada. Nesse sentido, é a crítica que faz em relação ao que chamou de mega-Estado, creditando o que denominou de sua falência a seus “dois modelos vintecentistas, o do Bem-Estar Social e o Socialista, dominantes durante quase todo o século passado”. Com isso, reforça seu entendimento de que “certos problemas não podem ser resolvidos por um poder central, por mais hipertrofiado e poderoso que seja, e, até mesmo por essa razão, do seu gigantismo”.<sup>237</sup>

Objetivamente, entendemos que desimporta a discussão sobre o tamanho do Estado, seja, o tamanho não deve ser a discussão central, mas como consequência. A definição de seu tamanho deve ser uma consequência das funções que tem a desempenhar. O Estado Brasileiro, que tem na própria Constituição a fonte de irradiação de suas funções, deve ser, portanto, do tamanho necessário para o cumprimento dessas, nem mais, nem menos; nem maior, nem menor. Considerando que a Constituição tem como seus valores fundamentais a produção e manutenção de um Estado social Democrático e de Direito e a busca e a preservação da dignidade da pessoa humana, com a conquista e preservação dos Direitos Fundamentais, o Estado deve ter condições de garantir esses valores e princípios constitucionais fundamentais.

Devendo o Estado não ser maior do que o necessário, talvez ele possa ser inversamente proporcional ao comportamento e as relações sócias, culturais e econômicas da própria sociedade. Ou seja, quanto mais solidária e inclusiva for a sociedade menor precisará ser o Estado, pois as demandas sociais também serão menores; por outro lado, quanto menor for o grau de inclusão proporcionado pela sociedade em si (e maior o seu comportamento individualista excludente), maior deverá ser o Estado, pois as demandas sócias exigidas e com

---

<sup>236</sup> MOREIRA NETO, loc. cit.

<sup>237</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 106.

promessas de garantia por parte da Constituição, também serão proporcionalmente maiores.

### **2.3.3 Eficiência social e legitimidade do Estado Democrático de Direito**

A segurança das relações sociais buscadas através do contrato social, cujo pacto colocou nas mãos do Estado o monopólio do uso da força, não pode bastar-se na pretensão da mera segurança física, no sentido de garantir (ou buscar) a ausência da violência física perpetrada por meio da agressão entre indivíduos ou grupos, ou estes ao patrimônio. A segurança que o Estado deve garantir a todos os cidadãos é a segurança perene, no sentido de condições de uma vida estável e digna, com garantia de educação, saúde, trabalho, moradia, bem estar social e todos os demais direitos sociais previstos no pacto constitucional.

Caso contrário, ou seja, se a segurança pretendida e pretensamente pactuada pelo contrato social, e exigida do Estado, não passa daquela que deve evitar agressão física aos indivíduos e à propriedade – sem consideração e garantia das necessidades mínimas para a fruição de uma vida digna por parte de todos os indivíduos, tornando-os, efetivamente cidadãos – não se pode dizer que tenha ocorrido um pacto social entre todos e para o bem de todos. Se considerado dessa forma, o pacto existe apenas entre e para a proteção de uma parte dos indivíduos que tem uma vida digna e condições econômicas, sociais e culturais para isso. O contrato social e conseqüentemente, a formação do Estado, com o monopólio do uso da força, objetiva apenas fazer com que uma parte dos indivíduos seja protegida dos demais, que numa condição de inferioridade buscaria, pelo uso da força – única condição que lhe resta – igualdade de tratamento e condição de vida minimamente digna.

Nessa ótica, o Estado serve como instrumento de estabilidade, evitando que o homem seja lobo do homem em relação à agressão (violência) física e, por outro lado, legitimando o homem como lobo do homem, em relação à agressão espoliativa da riqueza material. Por isso, segundo a teoria contratualista, essa estabilidade que deve ser gerada e garantida pelo Estado e essa produção de estabilidade que o legitima, como portador do monopólio do uso da força que “consensualmente” a ele foi transferida.

O Estado, por sua vez necessita e busca a sua legitimidade, que se encontra nos valores consensuais da cultura social que o mesmo representa. A legitimidade, portanto, se produz com o suporte de um sistema de poder que tenha condições de gerar a sua própria estabilidade com um mínimo possível de emprego da força.

Assim, a *legitimação* é, sobretudo, como se afirmou, um *fenômeno antropológico* indissociável do *consenso* alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância conjuntural e até casuística, entre os fenômenos políticos e os valores que devem suportá-los, ambos concernentes ao *poder*, ou seja: à sua concentração, à sua atribuição, à sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle.<sup>238</sup>

Essa definição de Moreira Neto demonstra, portanto, que o Estado deve manter-se legítimo, e para isso, deve alcançar a concordância consensual dos cidadãos. Para isso, o autor divide a legitimação em material e formal. Aquela predominantemente material é subdividida em pactual, moral, e pragmática; já a legitimação predominantemente formal é subdividida em processual e eleitoral.

É na legitimação material pragmática que se relaciona a avaliação dos resultados, objetivando verificar a atuação eficiente em relação ao resultado alcançado ou buscado.

A *legitimação pragmática* é a que reduz o consenso do grupo a um exercício de avaliação de *resultados* (futuros, correntes ou pretéritos) em relação às várias propostas de poder. Essa avaliação do grupo se concentra sobre a *eficiência* que poderá ser lograda (futuro), a que está sendo obtida (presente) ou a que foi realizada (passado) com uma determinada decisão a respeito a uma proposta de poder. Dessa característica decorre que essa modalidade é também designada de *legitimação pela eficiência*, podendo apresentar-se, conforme a referência temporal, como uma *legitimação originária* (consenso quando à escolha do poder que se fará), uma *legitimação corrente* (consenso quanto à escolha que se implementa, o que se inclui o como se implementará) e uma *legitimação finalística* (consenso quanto à eficiência lograda com o resultado alcançado).<sup>239</sup>

É nesse sentido que a legitimidade material, de um Estado Democrático e de Direito, como o brasileiro, a legitimidade somente pode ser alcançada se cumprido os compromissos sociais que foram constitucionalmente assumidos. Nessa lógica, do entendimento de Paulo Modesto se retira a compreensão de que a positivação do Princípio da Eficiência representa um plus normativo na exigência de um agir eficiente, compromisso esse que já existia no conceito de um Estado Social. Conforme Modesto, o Estado Social que não pode deixar de agir com eficiência, justificando os recursos que arrecada da comunidade com resultados socialmente relevantes. “Essas exigências hoje não são mais percebidas em termos meramente políticos e econômicos. Foram positivados, foram entronizados no sistema jurídico, juridicizaram-se como exigências do ordenamento nacional”.<sup>240</sup>

<sup>238</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 63.

<sup>239</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p 64-65.

<sup>240</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Revista Interesse Público* n 07. jul./set. - São Paulo: Notadez, 2000, p. 66

Nesse sentido, também são importantes os ensinamentos de Ferrajoli que defende a ideia de eficiência social e a legitimidade do Estado, no sentido de que nas sociedades complexas, como as contemporâneas, há a necessidade de garantir a sobrevivência como condição de legitimidade do pacto social, “e na base de reconhecimento elementar, isto é, do fato de que o direito social certamente tem um custo, mas o seu custo é infinitamente inferior ao custo da falta de garantia a esse direito”.<sup>241</sup>

Nesse sentido Ferrajoli defende o atendimento das necessidades sociais por parte do Estado como cumprimento de sua responsabilidade no pacto social realizado. Porém, é importante verificar que, conforme o autor, se não fosse o cumprimento dessas necessidades por parte do Estado, com ações positivas, de forma dirigente e garantista – uma responsabilidade social assumida e necessária para a sua legitimação – essas ações de interesse social seriam importantes também como estratégia econômica, pois na relação custo/benefício dos investimentos sociais, produzem inclusive benefícios econômicos para o Estado.<sup>242</sup>

Portanto, mesmo que não fosse em cumprimento aos compromissos sociais assumidos pelo Estado quando da pactuação social realizada, no caso do Estado Brasileiro, representado na sua Constituição Democrática, os investimentos sociais que devem ser realizados pelo Estado, para o efetivo cumprimento desses compromissos, já seria uma demonstração de correta estratégia para o seu crescimento e desenvolvimento econômico.

Porém, o Estado Democrático de Direito tem no constitucionalismo não somente a sua maior fonte positivada do sistema jurídico nacional, como também, a maior fonte norteadora das ações e atividades administrativas do próprio Estado. Todas as atividades de governo e, principalmente, aqueles tendentes a desenvolverem as políticas públicas devem compreender, nas ações administrativas de execução, que o cumprimento dos direitos fundamentais é uma

---

<sup>241</sup> FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez. de 2009.

<sup>242</sup> Segundo Ferrajoli, “Os países Europeus são hoje mais ricos que os outros países exatamente porque em parte resolveram os problemas das questões sociais e assim podemos dizer que a garantia dos direitos vitais, dos direitos sociais vitais é o principal investimento econômico, o principal investimento produtivo. Sem garantia de sobrevivência quando a fome, a má nutrição, as doenças incuráveis levam à morte de milhões de pessoas, a incapacidade de se dedicar a questões produtivas de milhões e milhões de pessoas, não existe o desenvolvimento individual, nem o coletivo. É necessário desfazer, mudar o lugar comum segundo o qual os direitos sociais custam. A garantia dos direitos sociais é o principal investimento econômico.” In: FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez. de 2009.

obrigação constitucional que está sob a responsabilidade do Estado, condição indispensável, portanto, para a sua legitimidade material.

Assim é que Clève cita as constituições como documentos normativos do Estado e da sociedade, representando uma redefinição nas relações políticas e sociais desenvolvidas no interior da formação social. “Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade”.<sup>243</sup> Dessa forma, a Constituição possui força normativa e vinculativa, tanto nas limitações como nas ações do Estado.

Sob a ótica do Princípio da Eficiência, esse dever constitucional do Estado exige a prática de políticas e ações que levam ao atendimento efetivo das demandas que garantam o cumprimento dos direitos fundamentais. As políticas públicas de Estado devem atentar para o cumprimento dos objetivos e compromissos constitucionalmente lhe atribuídos. Assim, na conjugação do atendimento aos limites e ditames constitucionais, com a democracia substantivamente participativa, não cabe aos Estados (ou de quem os governa e representa) proporem políticas e ações administrativas que buscam resultados contrários ou aquém daqueles constitucionalmente pactuados.

A primeira e maior demonstração de ineficiência do Estado está na sua inércia quanto à adoção, através de programas e políticas administrativas, de ações que efetivamente tendam a buscar o cumprimento de sua obrigação constitucional, com a implementação de ações e políticas públicas que visam atender os direitos fundamentais, principalmente aqueles de cunho social, cultural e econômico.

O Estado nunca poderá ser considerado eficiente se sua eficiência pautar-se somente no objetivo de atingir os melhores resultados econômicos, numa simples solução da equação matemática da maximização dos resultados pelo menor custo possível. Essa bem sucedida equação econômica não demonstra eficiência do Estado; pode, no máximo, demonstrar uma eficiente atuação gerencial-administrativa, mas não uma atuação eficiente do Estado, pois a sua função não se limita à eficiência econômica, sob o prisma gerencial.

---

<sup>243</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p.22.

Assim, na busca da eficiência administrativa, por parte do Estado, um resultado eficiente não pode limitar-se ao seu conceito no sentido econômico; devendo ser, principalmente, de acordo com os imperativos da realização efetiva das diretrizes constitucionais que devem orientar toda e qualquer ação ou política pública.

Assim, o grau de eficiência do Estado está ligado, primeiro à estrutura que dispõe para o desempenho de suas funções e atividades, seja essa estrutura material ou pessoal; e segundo, do correto e bom uso que é feito dessa estrutura, para o cumprimento integral e universal de suas funções. Portanto, é plenamente verificável que o grau de eficiência deve ser comparado diretamente a estrutura existente, conjugado com o seu correto uso. Estrutura escassa, que não possibilita o atendimento das demandas de forma universal, conjugado com o seu bom uso, pode ser no máximo entendido como eficiência operacional e econômica, mas jamais, como eficiência do Estado. O Estado somente será eficiente se atender as necessidades sociais que lhe são impostas de forma satisfatória e universal.

Por outro lado, é evidente que as estruturas que estão a disposição do Estado estão diretamente relacionadas à sua capacidade de investimento, ou seja, a suas condições financeira e orçamentárias. Um Estado que tem maior capacidade financeira para dispor de uma estrutura, seja material ou pessoal mais qualificada está em melhores condições de dar um retorno mais eficiente à sociedade. Por outro lado, uma menor capacidade estrutural também tem como consequência direta um menor grau de eficiência em suas ações, pois, embora possa ser bem administrado, será insuficiente e, portanto, ineficiente no atendimento de sua demanda.

Porém, é necessário observar que a estrutura financeira orçamentária que pode estar à disposição do Estado para o suprimento de suas necessidades estruturais, materiais ou pessoais, é o resultado de decisões políticas-públicas que são tomadas. Melhor dizendo: a capacidade de investimento do Estado, na formação de sua estrutura material e pessoal depende dos recursos que estão a sua disposição para essa finalidade, e esses, por sua vez, fazem parte de um orçamento público geral, ou seja, é o resultado de todos os recursos que são arrecadados pelo Estado, direta ou indiretamente, resultando na soma de todos os tributos e outras formas de arrecadação ao erário, independente do agente, órgão, poder ou ente da federação que o arrecada.

Portanto, tanto a arrecadação (forma e quantidade) como a distribuição dos recursos públicos arrecadados são o resultado de decisões políticas-públicas que são tomadas pelos agentes públicos<sup>244</sup> como representantes da sociedade, portanto, os valores dispostos a cada órgão, ente ou poder, para suprir a sua necessidade de investimento em estrutura material e pessoal, é o resultado de decisões políticas-públicas tomadas pela sociedade.

Porém, embora vivendo sob o manto de um Estado Democrático de Direito, diante do baixo grau de cultura social e política de uma sociedade como a brasileira e, portanto, de politização e envolvimento nas “coisas públicas”, é evidente que as decisões que são tomadas em nome da sociedade, ou “do povo”, estão muito distantes de significar o entendimento e o respeito da vontade popular. O que temos é uma democracia formal, onde os agentes públicos na sua grande parte decidem aquilo que dizem ser a representação da vontade da sociedade, nos limites e interesses dos lóbis, e das pretensões de grupos, corporações e interesses pessoais.

Essas questões não podem ficar de lado, ou secundadas, quando se pretende a análise do Princípio da Eficiência do Estado, ou seja, da gestão pública eficiente. Essa está intrinsecamente relacionada à democracia substantiva, e ambas, essenciais ao Estado Democrático de Direito. É por isso que concordamos com Vanice Lírio do Vale ao preconizar que a introdução do Princípio da Eficiência no texto constitucional “esta longe de ser suficiente ao desenvolvimento do controle de atuação estatal, que estará a exigir outros elementos a revelarem o seu verdadeiro conteúdo axiológico”.<sup>245</sup>

É por isso que a eficácia do Princípio da Eficiência no Estado Brasileiro está muito mais ligada e condicionada a uma análise, discussão e alteração dos valores culturais que são formados e desenvolvidos pela sociedade e pelo Estado, do que como resultado da simples posituação desse Princípio, com a sua inclusão na Constituição Federal. A simples posituação desse e de outros princípios que até hoje só adornam a Constituição não passa, por um lado, do atendimento à necessidade da cultura jurídica dominante, de cunho formal positivista; e por outro, atendendo a necessidade de produção de mitos que com seu poder fantasioso afasta e oculta à realidade, fazendo com que essa fique velada e obscura, afastando a necessidade de sua alteração e reforçando a crença mitológica de que tudo está em seu lugar,

---

<sup>244</sup> Por óbvio, não estamos ignorando as atuais divisões e graus de competências de cada agente, órgão ou ente da federação, disciplinado na forma da CF de 1988.

<sup>245</sup> VALLE, op. cit., p. 93

inclusive a (i)legitimidade do Estado que é ineficiente para o atendimento das responsabilidades que o pacto constitucional de um Estado Democrático de Direito lhe impôs.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um grupo social que vive num determinado território, orientado por um sistema de leis e governado por representantes; esta pode ser a síntese do conceito de Estado na atualidade. Embora sendo o Estado juridicamente uma abstração, na essência é o Poder que lhe confere a capacidade e os instrumentos de submissão e coerção, que objetivam a organização e o controle social. Já em relação a sua finalidade, pode ser dito que o Estado é um conjunto de órgãos instituídos para desempenhar e executar funções que lhe são próprias. Essas são definidas em seu ordenamento jurídico, que de forma majoritária na civilização ocidental, são as respectivas constituições.

O Estado, dessa forma, deve cumprir e fazer cumprir, direta ou indiretamente, o pacto social firmado pelos indivíduos que a ele pertencem. Assim, em linhas gerais, o Estado, por meio de órgãos instituídos, é um instrumento de direção e realização dos valores constitucionalmente pactuados e pretensamente tutelados. Nessa ótica, o Estado deve ser uma representação da sociedade que o forma, ou seja, representa, em tese, os valores sociais e culturais de seus cidadãos.

Ao se analisar a gênese do Estado Brasileiro verificou-se essa relação entre os valores sociais e culturais da sociedade e aqueles que orientaram a formação do Estado. Ou seja, a formação do Estado Brasileiro foi, em grande parte, consequência de uma cultura social majoritariamente alicerçada nas ideias típicas daquela sociedade que também estava em formação nesse território, ou seja, das ideias de seus colonizadores. Portanto, fruto de uma cultura social originária daquela do Império Português.

Não se pode desconsiderar, que aquela cultura importada pelos colonizadores trouxe de suas raízes algumas características bastante peculiares daquela Península Ibérica, como fortes traços de personalismo, de fidalguia e “cordialidade”. Estas, conjugadas com a ótica racional individual-utilitarista, típica da sociedade moderna, reforçaram uma ideia de fortalecimento e aproveitamento das relações e interesses (inter)pessoais, confundindo dessa maneira as relações público-privadas, sempre com prejuízo ao público e benefício ao privado. Essas ideias tiveram como resultado, a concepção e implementação de uma cultura de Estado patrimonialista, que objetiva o atendimento dos interesses pessoais e particulares, em detrimento do interesse público.

Dessa forma, verificou-se que a concepção do modelo patrimonialista junto ao Estado Brasileiro, modelo esse que segue se desenvolvendo até os dias atuais, tem origem na própria formação cultural do povo e do Estado Brasileiro. Portanto, a análise do Estado Brasileiro, bem como da administração pública brasileira, com os elementos que contribuem para a sua (in)eficiência, impescinde da consideração dos efeitos nefastos que ainda lhe causa a cultura patrimonialista que o permeia.

Esse, portanto, é o cenário no qual se pretendeu analisar e compreender o Princípio da Eficiência no Estado Brasileiro. Porém, além de ter presente como ocorreu a formação desse Estado, seu contexto cultural e suas implicações, verificou-se também a necessidade de uma correta compreensão dos conceitos de Direito, Democracia, da própria Eficiência e de Legitimidade, bem como a compreensão e interpretação desses, no contexto da sociedade e do Estado Brasileiro. Conceitos esses, que permearam toda a análise realizada.

Para isso, verificou-se que com a introdução da linguagem no pensamento filosófico ocorreu uma verdadeira revolução copérnica, possibilitando que a hermenêutica superasse a tradicional dicotomia sujeito/objeto. Assim, a linguagem, como mediação, passou a ser a possibilidade de conhecimento do significado das coisas e a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. O Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete, porque não há mais a relação sujeito-objeto. Portanto, a interpretação do Direito e dos demais conceitos co-relacionados, não se fazem apenas interpretando textos, pois esses são enunciados linguísticos que precisam ser interpretados dentro dos limites de seus significados e da realidade do mundo, no caso concreto. Dessa forma, fica claro que não se pode confundir texto e norma. As normas são resultantes (produtos) das interpretações que se faz dos textos, conjugado com a faticidade do mundo. Por isso, interpretar o Direito significa também, aplicá-lo, pois a interpretação é sempre de um caso concreto, que é único. Nunca igual a outro.

Por outro lado, a interpretação dos textos como enunciados linguísticos, também não pode ser confundido com relativismo ou poder de arbitrariedade do interprete. Não pode ser atribuindo ao texto, sentidos arbitrários, como se texto (texto e significado) fossem coisas inteiramente separadas com vida autônoma. Portanto, também não há liberdade de atribuição de sentidos, pois o intérprete ao atribuir sentido ao texto não pode arbitrariamente pretender retirar do texto aquilo que o texto efetivamente não diz.

É nesse sentido que devem ser interpretados e compreendidos os enunciados e princípios que norteiam a vida da sociedade e do Estado. Assim, os princípios jurídicos, principalmente, os constitucionais – que devem dar a conclusão final à interpretação, fechando a, com eficácia plena e não serem entendidos como simples normas programáticas – devem, portanto, serem interpretados com um sentido de superação do paradigma liberal-individualista de Direito, com uma nova postura hermenêutica, dando conta do novo papel que o Direito deve assumir frente o Estado Democrático de Direito, visando à efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar.

Assim, quando se fala em democracia, essa deve ser compreendida como sendo mais do que um regime de governo, onde a população tem direito de participar dos processos eleitorais e eleger os seus representantes; o que é um dos elementos que caracterizam a democracia, principalmente no seu aspecto formal. A democracia contemporânea precisa ser compreendida como um conjunto de valores relacionados e coerentes com a dignidade da pessoa humana. Dessa necessidade mostra-se de um lado, uma série de demandas sociais que precisam ser atendidas, e por outro lado a função do Estado, que deve ter a responsabilidade de seu atendimento.

É por isso que para a compreensão e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, o valor da democracia é essencial e indisponível, notadamente nas relações entre os homens; e desses em relação ao Estado, ou seja, nas relações políticas. Somente dessa forma, comprometida com esse conjunto de valores, é que a democracia pode, efetivamente superar a sua configuração meramente formal, para avançar rumo a uma democracia concretamente substancial, onde a universalidade da população possa efetivamente ver se presente no processo democrático e, de forma emancipatória participar das definições do rumo do Estado e da sociedade em que vive.

Nesse sentido, a definição substantiva da democracia deve superar a mera processualidade formal da escolha dos governantes, numa prevalência numérica da vontade da maioria. Uma democracia substantiva exige, essencialmente, uma conformação das políticas e ações do Estado e do Direito que as regem, com os valores gerias e superiores que as norteiam, nomeadamente, contidas nos princípios constitucionais, sejam explícitos ou implícitos. Essa compreensão ganha maior relevo ainda, quando presente no contexto de um Estado Democrático de Direito, onde esse Estado necessita para a sua legitimação estar

condicionado e submetido à vontade expressa através da soberania popular.

Nessa mesma ótica, verificou-se também, que o Estado Democrático de Direito, por sua vez, não pode ser entendido apenas como a soma dos modelos de Estado anteriores a esse. Ou seja, como simples somatório das duas experiências verificadas durante os séculos XVIII e XIX; o Estado de Direito, de cariz liberal, onde o Estado passou a ser limitado e controlado pelo Direito, e o Estado Social, que assumiu uma posição intervencionista na sociedade e nas suas relações econômicas, porém não conseguindo resolver as questões relacionadas à legitimidade do Estado e de suas ações.

O Estado Democrático de Direito, portanto, respeita os direitos proclamados pelos dois momentos históricos anteriores, mas impõe uma interpretação do Direito e do papel do Estado com base nos compromissos constitucionalmente assumidos, de forma democrática e legítima, num processo de repactuação social, tendo o povo como soberano nas decisões dos rumos que o Estado e a sociedade deve assumir e seguir. O Estado Democrático de Direito assume, dessa forma, a missão de manutenção, porém também de superação, do modelo que limita e controla os poderes do Estado através do Direito, pois, comprometido com a dignidade da pessoa humana, consubstanciados na Constituição, como direitos fundamentais de caráter universal, bem como, comprometido com a soberania popular, substancialmente efetivada, superando a mera participação do povo em momentos periódicos de eleições de seus representantes; embora sendo esse, um dos elementos fundamentais da democracia.

Nesse sentido, quando o Estado agrega o caráter democrático, assumindo a feição de Estado Democrático de Direito, já não lhe basta o modelo do Estado de Direito que limita e regula a atuação estatal, nem o modelo de Estado Social que adapta melhorias às condições sociais existentes; ele objetiva a superação desses modelos, assumindo, principalmente com o princípio da igualdade material, a pretensão da transformação da realidade na busca de uma efetiva justiça social.

Por isso, é fundamental a compreensão de que o Estado Democrático de Direito somente pode ser considerado como efetivado quando se mostram presentes – mais do que nos compromissos que o mesmo assume, mas nas suas ações concretas – o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos de forma universal. Assim, o Estado Democrático de Direito se realiza com a institucionalização do poder popular de forma soberana, utilizando mecanismos, não somente formais, mas materialmente legítimos para esse exercício democrático, na busca da concretização de uma sociedade justa e solidária, que respeite,

proteja e garanta a dignidade da pessoa humana, através da realização material dos direitos fundamentais.

Assim, restou claro que o Estado Brasileiro, através do pacto constitucional travado na conjugação das forças sociais atuantes, optou pela superação tanto do Estado Liberal de Direito – que se institucionalizou após o triunfo da burguesia sobre a classe privilegiada do antigo regime – bem como do Estado Social de Direito – onde o Estado toma uma postura de abandono da posição abstencionista, passando a intervir nas relações sociais e econômicas da sociedade, passando a ter um papel decisivo na produção e distribuição de bens – para a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito.

A Constituição Brasileira, portanto, compromissada com a realização dos direitos fundamentais, consubstanciado numa postura dirigente visando implementar na sociedade níveis reais de igualdade, tanto individual como socialmente, passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar as ações do Estado no objetivo de concretização das funções sociais impostas ao Estado e ainda não cumpridas. Assim, a Constituição democrática deve informar, dirigir e instrumentalizar as ações do Estado, por meio de sua administração pública institucionalizada.

Assim, verificou-se que todas as ações, estatais ou sociais informadas e dirigidas pelo Estado, devem ser norteadas por esses princípios balizadores dos rumos a serem seguidos e perseguidos. Os princípios do Estado Democrático de Direito, compromissados com a dignidade da pessoa humana, e a concretização efetiva dos direitos fundamentais, devem ser o fecho eficaz, dando a conclusão final na interpretação de todos os demais princípios e normas constitucionais ou legais do sistema jurídico Brasileiro. Portanto, a interpretação e aplicação do Direito, constitucional e infraconstitucional, deve assumir um novo papel frente ao Estado Democrático de Direito, visando à efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar.

E é nessa linha que deve ser a compreensão, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública do Estado Brasileiro. Assim, o Princípio da Eficiência deve ser compreendido e aplicado a partir dessa interpretação, ou seja, norteado e informado pelos princípios assumidos e compromissados pelo Estado Democrático de Direito.

Portanto, no Estado Brasileiro, a observação do Princípio da Eficiência não pode prescindir da observação de alguns critérios essenciais, como os aspectos tanto quantitativos como qualitativos da eficiência, bem como, que o alcance dos serviços prestados de forma eficiente deve atingir a universalidade das pessoas que dele necessitam. Assim, a eficiência do Estado Brasileiro somente pode ser atingida mediante a prestação de um bom serviço público à totalidade das pessoas que deles necessitam. Tais critérios mínimos, portanto, devem ser considerados imprescindíveis para se definir um Estado eficiente, considerando os preceitos da Constituição Brasileira.

Porém, a incapacidade do Estado em resolver os seus problemas e cumprir com as responsabilidades que lhe são impostas pelo pacto constitucional produz uma dupla consequência: por um lado deslegitima seu aparato burocrático procedimentalista (que por vezes peca pelo seu formalismo e por pretender satisfazer-se em si mesmo), e por outro, abre o flanco para a reação neoliberal com a proposta de legitimação pela desregulamentação (concepção gerencial) das ações estatais.

Dessa forma, a percepção da ineficiência do Estado acaba gerando um mesmo e dúbio discurso, que por um lado é justificador e por outro é paradoxal, destacando a necessidade de maior regulamentação legal (e nesse caso constitucional) para o combate dessa ineficiência. A introdução do Princípio da Eficiência no texto constitucional, de forma expressa, por meio da Emenda Constitucional nº 19/2000 (embora esse Princípio específico já estivesse presente em várias normas constitucionais, seja de forma explícita ou implícita), é um dos resultados desse fenômeno.

É evidente que a eficiência na administração pública é algo desejado por todos os cidadãos, porém, uma administração não se torna eficiente, não passará a acontecer uma boa administração motivada por uma imposição legal. A eficiência administrativa somente pode acontecer como resultado de uma boa administração, e esta só acontecerá pelo cumprimento dos ditames constitucionais, que determina ao Estado Brasileiro, a busca da efetivação dos princípios que informam e orientam um Estado Democrático de Direito.

E, nessa ótica, é preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito somente se efetivará tendo na soberania popular e no pacto constitucional os limites norteadores do compromisso de realização efetiva de um Estado social que respeite e garanta a dignidade da pessoa humana como princípio indispensável e insuperável, na busca da efetivação dos

direitos fundamentais.

Com esse fundamento, analisou-se sumariamente o direito à saúde que tem sido um dos temas primordiais, quando se discute a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. A Constituição Brasileira estabeleceu que a saúde como um dos direitos fundamentais, é direito de todos e dever do Estado, porém, é um dos maiores exemplos de descumprimento das funções do Estado. Não é possível manter-se o descumprimento desses compromissos sociais históricos e constitucionalmente resgatados pelo pacto social, sob a argumentação de que ou a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida, ou seu cumprimento torna-se impossibilitado pela falta de recursos financeiros e orçamentários.

Enquanto essa compreensão não for superada a constitucionalização do Princípio da Eficiência, não passa de uma ideia mítica posta equivocadamente como suficiente para a solução dos problemas históricos da ineficiência do Estado Brasileiro. Além disso, a ideia do mito, de que agora os problemas relacionados à ineficiência estariam resolvidos, confunde-se com a cultura dominante positivista do sistema jurídico, de que faltava a positividade para a sua eficácia.

Por outro lado, verificamos que a ideia mítica da positividade do Princípio da Eficiência, como uma solução por si só, conjugada com a ideia da necessidade de positividade para que esse princípio tivesse eficácia, também servem como elemento de anestesia social coletiva. Tal anestésico precisa ser propositalmente ativado sempre se faz necessário, para a acomodação de pressões públicas contra os escândalos e atitudes negativas relacionadas ao Estado Brasileiro.

Da mesma forma, na ótica da defesa da teoria neo-liberal de Estado, a constitucionalização expressa desse princípio também tem a finalidade de produzir o efeito psicológico de reforçar a rejeição popular ao Estado burocrático, gerando a expectativa (como já dito, mitológica) que com a positividade desse princípio, no texto constitucional, o Estado se torne eficiente de forma imediata e autônoma, superando a cultura patrimonialista que carrega desde sua origem. E assim, a proposta de um Estado desburocratizado e gerencialmente eficiente utiliza-se dessas formas simbólicas para reforçar-se, e com isso, buscar legitimação. Assim, o Princípio da Eficiência transforma-se em mito; mera representação pós-moderna a serviço da teoria neoliberal de Estado.

Portanto, a positivação (que entende-se desnecessária), com sua inclusão expressa na Constituição Brasileira, entre os princípios que devem nortear a Administração Pública, não dá, por si só, ao Princípio da Eficiência a eficácia pretendida.

Ao se analisar o Princípio da Eficiência, foi verificado que ao seu conceito se convencionou acrescentar vários adjetivos, para melhor identificar e defini-lo. Porém, talvez ainda haja outro conceito de eficiência que precisa ser melhor trabalhado, para que a sociedade e o Estado, possa efetivamente ser eficiente, porém, uma eficiência que seja realmente proveitosa para a universalidade dos cidadãos, principalmente aqueles que precisam da atuação prestativa eficiente do Estado. Trata-se do que se poderia identificar como “eficiência ética”.

A eficiência ética proporcionaria que a sociedade se desenvolvesse institucionalmente de forma diferente. Assim, as regras de conduta humana, teriam como orientadoras também as regras formais positivadas pelo Estado, mas, principalmente as regras informais produzidas no interior da sociedade, como princípios éticos que, entre outras coisas, produzissem uma preocupação e um interesse na produção e promoção de benefício à comunidade, universalmente considerada, e não exclusivamente ao indivíduo, numa ótica individual solipsista.

Uma sociedade institucionalmente desenvolvida, com o profundo desenvolvimento de padrões éticos e que tivesse uma preocupação com a eficiência ética, certamente teria melhores condições de delimitar de forma clara, por exemplo, entre o que é público e o que é privado, e fazer com que o Estado fosse um Estado efetivamente Democrático e de Direito, com preocupação efetiva de concretização dos preceitos constitucionais, principalmente com o objetivo de respeitar, atender e garantir os direitos humanos fundamentais, pilares mínimos para a conquista da dignidade da pessoa humana.

É por isso, que se entende que a eficácia do Princípio da Eficiência no Estado Brasileiro está muito mais ligada e condicionada a uma análise, discussão e alteração dos valores culturais que são formados e desenvolvidos pela sociedade e pelo Estado, do que como resultado da simples positivação desse Princípio, com a sua inclusão na Constituição.

A simples positivação desse e de outros princípios que até hoje só adornam a Constituição Brasileira não passa, por um lado, do atendimento à necessidade da cultura

jurídica dominante, de cunho formal positivista; e por outro, atendendo a necessidade de produção de mitos que com seu poder fantasioso afasta e oculta à realidade, fazendo com que essa fique velada e obscura, afastando a necessidade de sua alteração e reforçando a crença mitológica de que tudo está em seu lugar, inclusive a (i)legitimidade do Estado que é ineficiente para o atendimento das responsabilidades que o pacto constitucional de um Estado Democrático de Direito lhe impôs.

É por isso que no Estado Brasileiro, considerando os preceitos constitucionais forjados a partir dos princípios de um Estado Democrático de Direito, a verificação de sua eficiência somente pode ocorrer na ótica do efetivo cumprimento da Constituição. Ou seja, com o respeito e a garantia dos Direitos Fundamentais – seja o direito à saúde, como aqui analisado, ou qualquer outro direito previsto no pacto constitucional – como condição mínima e necessária para caminhar rumo à conquista da dignidade da pessoa humana de forma universal, com efetivo resgate da dívida social existente e tradicionalmente negligenciada por parte do Estado Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficácia y Administración – Três Estudos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? IN: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti e BARCELOS, Ana Paula de. [et. al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Cecília Viscovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um Ensaio. *Revista do Serviço Público*, ano 48, n 3. Brasília: ENAP, set./out., 1997.

AREND, Annah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *O Ícaro da Modernidade – Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Editora Escala.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política Comparada*. México: Fondo de Cultura Econômica. 1993.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da Eficiência na Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, julho, 1999.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Coletânea organizada por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3 ed., Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000.

BRAGA, Douglas Gerson. *Conflitos, Eficiência e Democracia na Gestão Pública*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998.

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1998.

\_\_\_\_\_. *Programa Nacional de Desburocratização*. Brasília: Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa – SEMOR, 1982.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Síntese de Indicadores*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad\\_sintese\\_2009.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf) Acesso em 05. out. 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do século XXI*. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipr/rel/rbpi/1997/81.pdf>. Acesse em: 01 jul. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997

Conselho da União Européia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Anotações relativas ao texto integral da Carta Luxemburgo*: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias 2001

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. revisada, Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Editora Edições Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito – Cadernos Democráticos*. Lisboa. Editora Grávida. 1999.

CARVALHO, Wagner. “A Reforma Administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: Controle Estratégico, Eficiência Gerencial e Accountability”. *Revista do Serviço Público* n 3. ENAP, set./dez., 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997.

\_\_\_\_\_. “Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional”. *A casa e a Rua*. Rio de Janeiro: Guanabara. 1987.

DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana – A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Los derechos em serio*. Tradução de Maria Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo. Editora Escala.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11. ed. V.1, São Paulo: Editora Globo. 1997.

\_\_\_\_\_. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. V.2, São Paulo: Editora Globo. 2000.

FAYOL, Henri. *Administração Industrial e Geral*. trad. Irene de Bojano e Mário de Souza. Ed. 10, São Paulo : Atlas, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções de Governo e funções de garantia. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n 23, nov. e dez. de 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRERO, Guglielmo. *Il potere*. Milano, Comunitá, 1974.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

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

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

\_\_\_\_\_. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 4. edição, 2009

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 10. ed. brasileira. Rio de Janeiro: José Olympio Editora.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e de Roma*; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Editora Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.

GIANNETTI, Eduardo. *Vícios Privados, Benefícios Públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo. Companhia das Letras, 1993.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Políticas de promoção aos direitos humanos no Brasil: desconstinuidades e desafios. IN: STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado. Anuário 2007*, n4. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Malheiros., 1991.

HABERMAS, Jurgen. Texto da conferência pronunciada no Parlamento espanhol, no dia 26 de novembro de 1984. Traduzido da Revista de /as Cortes Generales, n 3, Tecer Quadrimestre, Madrid, 1984, por Marilena Vianna e publicado no Brasil em Presença, n. 09, Rio de Janeiro, fevereiro de 1987, p.140-155. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/CULTURA%20OCIDENTAL.pdf> Acesso em: 01 jul. 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo, Martin Claret.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo, Companhia das Letras. 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: ditorial Ariel, 1976.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O Procedimento Administrativo entre Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MACIVER, Robert Morrison. *The Web of government*. New York: Macmillan, 1947.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- MALINOWSKI, Bronislaw. Myth in primitive psychology. In: MALINOWSKI, Bronislaw. *Magic, science and religion, and other essays*. Glencoe, Illinois: Free Press, 1948.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 22, São Paulo : Malheiros, 2006.
- MICHALANY, Douglas. *Universo e Humanidade*. Tomo I. São Paulo. Gráfica-Editora Michalany Ltda.
- MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. *Revista Interesse Público* n 07. jul./set. - São Paulo: Notadez, 2000
- MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1985.
- MORAIS, José Luis Bolsan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, nº 221, jul./set. de 2000.
- \_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOTTA, Fernando Cláudio Prestes e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Introdução à Organização Burocrática*. São Paulo : Brasiliense, 1980.
- MOUËL, Jacques Le. *Critica de la eficacia – Etica, Verdad y Utopia de un Mito Contemporáneo*. Barcelona: Paidós, 1992.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A Constituição e o estamento: contribuição à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: *20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política*./ Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Alfredo Santiago Culleton. – São Leopoldo: Oikos, 2009.
- OLIVEIRA, Sidney Nilton de. As estratégias de gerenciamento do trabalho nas organizações modernas. *História – Questões & Debates* n. 29. Curitiba: Editora da UFPR, ago./dez., 1998.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. DOTTI, Marines Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso

com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007). *Revista Interesse Público* ano 9, n 44, jul/ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil – para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Editora 34, 1996.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense. 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de Luis Cabral Moncada. Coimbra, Armênio Amado Editor. 6. ed. 1997.

RIBEIRO, Renato Janine. *A última razão dos reis – ensaios de filosofia e política*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do Direito – A magistratura no espelho*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. IN: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti e BARCELOS, Ana Paula de. [et. al.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. Vol I: O debate Contemporâneo*. São Paulo. Editora Àtica, 1994.

\_\_\_\_\_. *A Teoria da Democracia Revisitada. Vol II: As questões Clássicas*. São Paulo. Editora Àtica, 1994.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. “O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial”. Curitiba, 2001. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, p77. *apud*: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*. p.3. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10) Acesso em: 01 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *Diferencia (ontológica) entre texto y norma: Alejando el fantasma del relativismo*. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40) Acesso em: 01 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los*

*derechos fundamentales-sociales.* Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman &Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman &Itemid=40) Acesso em: 01 jul. 2010.

TALOR, Frederick Winslow. *Princípios de Administração Científica*. trad: Arlindo Vieira Ramos. 8 ed., São Paulo : Atlas, 1990.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self – A construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola. 1997.

TYLOR, Edward Burnett. *Cultura primitiva*, in Evolucionismo cultural: Textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. Org.: Celso Castro. Trad.: Maria Lúcia de Oliveira.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. 4 ed., tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito Fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Revista Interesse Público*, ano 10, n 48, mar/abr. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 2000.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994