

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e indúvidoso relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN THE LIGHT OF THE POSSIBLE RESERVE

Danilo Cezar Ochiuto

Resumo

Este artigo discorre sobre o princípio da eficiência e sua aplicabilidade frente à reserva do possível. Esse princípio veio garantir a proteção aos interesses da sociedade por uma gestão objetiva e eficaz. Amoldado nesse princípio estão os direitos fundamentais sociais e a dignidade humana. Porém, sempre esses direitos são efetivados, utilizando o Estado da reserva do possível como justificativa para sua ingerência. O presente trabalho busca verificar o limite de atuação do Estado e a lesar o direito da personalidade, por não garantir o mínimo existencial, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípio da eficiência, Reserva do possível, Constitucionalidade, Equilíbrio, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the principle of efficiency and its applicability to the reserve of the possible. This principle came to guarantee the protection of society's interests through objective and effective management. Underpinned by this principle are fundamental social rights and human dignity. However, these rights are always enforced, using the State of the possible reserve as a justification for their interference. The present work seeks to verify the limit of the State's action and to harm the right of the personality, for not guaranteeing the minimum existential, in respect to the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of efficiency, Reservation of the possible, Constitutionality, Balance, Stf

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar a importância do princípio da eficiência no ordenamento legal Brasileiro, como maneira de assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos.

Objetivou-se demonstrar que os direitos fundamentais sociais devem sempre ser efetivados pela Administração Pública, independente dos problemas encontrados, já que a finalidade do Estado é utilizar de todos os meios estruturais para dar uma melhor qualidade de vida para a sociedade, sempre respeitando os princípios previstos na Constituição Federal.

Veremos o momento em que o Poder Público invoca o princípio da reserva do possível como meio de justificar a não efetivação de algumas obrigações legais e quais os reflexos causados em detrimento do princípio da eficiência, que pode ser visto como uma lesão a esses direitos fundamentais.

Foi utilizado neste trabalho a pesquisa de cunho bibliográfico, descritivo exploratório e comparativo, buscando um entendimento do tema e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, além de analisar a maneira com que o STF (Supremo Tribunal Federal) vem aplicando a reserva do possível em seus julgados.

1. A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Administração Pública sempre foi responsável, diretamente, pela formação social da sociedade, ou seja, sempre intervindo na relação entre os indivíduos para proporcionar um convívio social harmônico.

O Estado também tem o compromisso de preservar os direitos fundamentais, realizar atividades para manter a paz social, como a saúde e a qualidade de vida; razão pela qual deve impor prestações de seus serviços de maneira efetiva, demonstrando seu comprometimento nas obrigações assumidas perante os cidadãos.

Em decorrência da busca pela melhoria na qualidade do serviço público surge a Emenda Constitucional nº 19/1998, em razão das reformas econômicas e mediante uma política neoliberal.

Com a alteração da Constituição Federal, foi incluído ao caput do artigo 37, o *princípio da eficiência*, como alicerce geral para Administração Pública.

No entanto, antes mesmo da inclusão desse princípio no texto constitucional, sempre foi defendido que diversos outros dispositivos legais e alguns princípios reportassem que a eficiência sempre esteve ligada à Administração Pública.

Com isso, a eficiência apenas veio a materializar o que todos os outros princípios constitucionais já demonstravam nos Órgãos Estatais.

Os princípios sempre foram o cerne do sistema jurídico, responsáveis por fornecer uma acepção harmônica e racional, assim, essas fontes sempre tiveram como objetivos organizar a estrutura governamental, com valor de norma e muitas vezes responsável diretamente pela resolução de fatos concretos.

1.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência ao ser incluído no artigo 37, caput, da Constituição Federal criou maiores obrigações na qualidade dos serviços públicos (MORAIS, 2012, p. 728). Esse princípio também é visto como uma obrigação legal da Administração Pública prestar um serviço de qualidade, tanto de forma direta ou indireta, devendo sempre agir com perfeição e rapidez, visando atender o cidadão.

Para Diógenes Gasparini (2007) os princípios possuem a função no ordenamento jurídico de dar sustentação a todo sistema normativo através de “um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem validade” (GASPARINI, 2007, p. 6).

Os princípios são considerados as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, estando por vezes expressos na Lei Fundamental, também pode servir de sustentação e interpretações de outras normas, quando apresentam lacunas em casos concretos.

No tocante ao princípio da legalidade, este jamais deve ser desrespeitado, com pretexto de aplicação do princípio da eficiência. Pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público deve sempre ser feito com excelência e de forma legal. (MELLO, 2007, p. 51)

Na aplicação desse princípio, o gestor público deve sempre planejar, definir suas metas e objetivos. Assim, a eficiência deve sempre ser vista como a maneira de satisfazer os anseios da sociedade com os menores custos.

Diante disso, tanto o resultado obtido pela Administração Pública como os meios utilizados pelos seus agentes, são uma forma de mensurar o cumprimento desse princípio constitucional. Sendo assim, o princípio da legalidade é a base de todos os outros princípios,

pois visa que todos os conflitos devem ser resolvidos através da lei, ou seja, o agente administrativo deve sempre aplicar as normas pré-estabelecidas em busca do bem-estar social (PAES e RODRIGUES, 2012, p. 14).

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que:

(...) o princípio apresenta dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os resultados melhores, como também em relação ao modo racional de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, idem quanto ao intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público. (PIETRO apud PINHEIRO, 2000, p. 01).

A palavra “eficiência” é vista como a maneira mais sensata e eficaz de se conseguir alcançar um objetivo. Nesse sentido, o agente público deve agir de maneira a garantir o uso dos meios como forma de se alcançar o fim desejado, porém, sempre em consonância com a legislação vigente, em respeito ao princípio da legalidade.

Como não existe uma maneira de se medir a eficiência do serviço público, deve ser levado em consideração a satisfação da coletividade em consonância com o atendimento da lei em vigor. Diante disso, a sociedade sempre espera do Estado uma melhor qualidade e eficiência dos serviços públicos prestado, visando prezar pela harmonia de maneira satisfatória com a Administração Pública.

Não basta apenas o agente público ter uma forma de atuação visando obter os melhores resultados, é necessário que a Administração Pública tenha organização, estrutura, disciplina, visando sempre a melhoria na qualidade do serviço.

O princípio da eficiência aproxima-se da economicidade, já que os objetivos traduzidos é a boa prestação de serviço, de modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício.

Alexandre de Moraes (1999) conceitua o princípio da eficiência como aquele que:

Impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social (MORAES, 1999, p. 298).

Eficiência tem como corolário sempre a boa qualidade do serviço. Sendo assim, com a positivação desse princípio na Carta Magna, a sociedade passou a dispor de base legal e jurídica para cobrar efetividade do exercício de direitos sociais como a educação, saúde, etc, na qual o Estado passa a ter a obrigação constitucional de garantir uma qualidade satisfatória.

Recentemente o princípio da eficiência tem sido bastante discutido por parte dos doutrinadores. Contudo, é imperioso lembrar que sua introdução no caput do artigo 37 da Constituição Federal não foi responsável pela modificação do sistema jurídico administrativo. Afinal, jamais se admitiu uma administração pública ineficiente (MABTUM, 2015, p. 272).

Porém, mesmo antes da emenda Constitucional, a Constituição Federal previa que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam manter de forma integrada um sistema de controle interno, visando respeitar o princípio da legalidade e a busca por melhores resultados na aplicação dos recursos financeiros.

Todos os princípios da Administração Pública que estão positivados no texto constitucional, assim como o da eficiência, devem ser observados por todos os entes federativos, inclusive pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Não é demais salientar que diante do princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, todos aqueles que se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos tem a garantia de se socorrer ao Estado para ter seu direito resguardado.

Deste modo, até mesmo o poder judiciário está sujeito ao princípio da eficiência ao exercer suas funções atípicas, ou seja, deve agir de maneira eficaz. Com isso nasce o princípio da administração da justiça, pelo qual deve o Judiciário assegurar e velar pela entrega da prestação jurisdicional de forma “célere, desburocratizada, transparente, imparcial, neutra, visando o bem comum, atendo, assim, o princípio da eficiência” (MORAES, 2011, p. 348).

2. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: A ORIGEM

O princípio da *reserva do possível* surgiu pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento de dois processos, onde envolviam os cidadãos que pleiteavam ingressos no curso de medicina na Universidade de Hamburgo e Munique.

Nesse litígio, buscavam frente à Corte Constitucional Federal uma decisão sobre a compatibilidade das regras estaduais que limitavam o acesso à lei fundamental e a educação.

Essa busca pelo judiciário decorreu devido ao aumento significativo do número de universitários neste país, que vinham em busca do curso de medicina, além da ausência de faculdades que não conseguiram acompanhar esse crescimento entre os anos de 1952 e 1967.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão veio por decidir que o serviço público não teria como garantir vagas a todos os interessados, devido à ausência de recursos Públicos, já que o país estava passando por um período pós-guerra (OLSEN, 2008, p. 215). Diante desta situação, limitavam o número de vagas nos cursos superiores, assim, surgiu a *reserva do possível*.

A Corte Constitucional constatou em seu julgamento que o Estado Alemão já havia tomado todas as medidas cabíveis para tornar acessíveis os cursos superiores aos interessados, sendo que estava preste a sacrificar outros programas sociais e comprometer as políticas públicas, portanto, não se mostrava razoável garantir acesso ilimitado a todos os cidadãos que buscavam o ingresso nessas universidades.

Assim, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que:

Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberecht) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (BverfGEapud ANDREAS J. Krell, in op. cit., p. 52).

Com essa decisão, o Estado Alemão estava limitado a cumprir as leis estaduais e fundamentais dentro do que era razoavelmente possível, em detrimento de outros direitos fundamentais sociais relevantes para a sociedade. Assim, sempre haveria “limitação fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito” (JACOB, 2013, p. 250).

Mariana Barbabela De Castro Ramos (2014, p. 01) mencionou que:

O Tribunal negou o pedido dos estudantes, ao fundamento de que só se pode exigir do Estado aquilo que se pode esperar, nos limites da possibilidade e da razoabilidade. No caso em questão, a Corte Alemã considerou não ser razoável esperar do Estado o oferecimento de *vagas* ilimitadas para o curso de medicina (RAMOS, 2014, p. 01).

Assim, a *reserva do possível* originou-se devido à existência de recursos materiais limitados para concretizar os direitos fundamentais, em especial os sociais e na razoabilidade da pretensão dedutiva para sua efetivação.

2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

Apesar de não ser um consenso, muitos autores vêm definindo a *reserva do possível*, como sendo um conceito de limitação de recursos financeiros da Administração Pública, que não consegue cumprir todas suas obrigações legais perante a sociedade, cabendo a cada cidadão buscar o Poder Judiciário para efetivar seus direitos. (BARCELLOS, 2008, p. 60).

Segundo a *reserva do possível*, os direitos dos cidadãos são sempre subjetivos e estão sempre limitados, razoavelmente, as condições orçamentárias e financeiras do Estado.

Ana Paula Barcellos menciona que há uma enorme dificuldade de conceituar a *reserva do possível*, já que não existe uma definição unânime sobre sua natureza:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2002 apud GOMES, 2011, p. 210)

Outros autores associava o conceito da *reserva do possível* com outros direitos fundamentais sociais, como é o caso de Fernando Facury Scaff ao reportar sobre a saúde:

O conceito de reserva do possível pública está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da progressividade na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado — o que não ocorre com outros direitos, tal como o de maioria, a qual se obtém de um dia para outro — literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva (SCAFF, 2013, p. 03).

Outros tem o posicionamento de que a *reserva do possível* é sempre vista como uma limitação de atuação do poder estatal, que não tem condições de atender todos os anseios da sociedade, como ocorreu no julgamento alemão:

A reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (Numerus-clausus-Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o

atendimento de todas as demandas de acesso a um direito(CALIENDO, 2008, p. 200).

Assim, existem diversos pontos de divergências entre o conceito da *reserva do possível*, variando conforme sua racionalidade (GOMES, 2013).

Esse limite dos direitos e garantias previsto na Constituição Federal, sempre estará atrelado aos recursos públicos do ente Estatal, visando não causar um desequilíbrio financeiro, segundo Leny Pereira Silva:

[...] o princípio da reserve do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis (SILVA, 2017. p. 26).

Toda vez que um cidadão ou o Poder judiciário buscar a efetivação de um direito fundamental de prestação previsto constitucionalmente, não havendo a possibilidade financeira do Estado positivá-los, acaba por se socorrer a *reserva do possível*, já que somente será responsabilizado por suas obrigações quando houver disponibilidade financeira.

Ocorre que esse princípio sempre foi utilizado no Brasil, como forma de justificar o descumprimento de deveres leais, independente das condições financeiras dos entes Estatais, diferentemente do que aconteceu na Alemanha.

Diante disso, surge a necessidade da interferência do Poder Judiciário, visando resguardar esses direitos fundamentais, pois:

Se quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição direito à vida, dignidade humana, Estado Social (KRELL, 2002, p. 107-109).

Posto isto, somente ocorre a necessidade da interferência do Poder Judiciário, quando o Estado como garantidor de direitos coletivos e sociais da obrigação se escusa em fazê-lo, aplicando a *reserva do possível*, "se baseando quase que exclusivamente nos preceitos da clausula da reserva do possível, como forma de negar o acesso dos que dele precisam" (SIQUEIRA. 2017, p.193).

Holmes e Sunstein invocam que setores do Judiciário são orgulhosos de certo insulamento político, no sentido de que guiam suas decisões apenas pela razão. (HOLMES E SUNSTEIN, 1999, p. 38).

Nesse contexto, sempre que o cidadão se sentir lesado, deve buscar socorro no Poder Judiciário, na qual agira com presteza e legalidade, efetivando os direitos sociais, independente da análise administrativa.

O que deve ser analisado pelo Poder Judiciário é a existência ou não da eficiência na atuação administrativa, já que tal critério qualitativo no exercício da atividade administrativa é norma constitucional imposta à Administração Pública, não sendo possível que o Estado, através do Judiciário substitua a o gestor, aferindo quais condutas devem ser tomadas.

A discricionariedade deve sempre recair sobre a escola de qual atividade a Administração deve entender eficiente, assim, "o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entender ser de maior grau de eficiência. (FRANÇA, 2000).

Sendo assim, fica restrito ao administrador público, diante das inúmeras demandas e escassez de recursos financeiros, atuar sob as chamadas "escolhas trágicas" (BOBBIT, 1978).

2.3 ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

O STF (Supremo Tribunal Federal) em alguns julgamentos se manifestou quanto a *reserva do possível*, mesmo que de forma superficial. Uma das primeiras manifestações foi no julgamento do ADPF 45 MC, onde o Ministro Celso de Mello se pronunciou:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (STF: ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 5.)

Nesse contexto, vislumbra-se nesse voto que o Ministro expõe a efetivação dos direitos sociais e econômicos, demonstrando que existe uma limitação material do Estado para implementação desses direitos, já que está ligado diretamente a sua capacidade financeira.

Com isso, o Ministro reforça o entendimento de que não se pode exigir do Poder Público a obrigação de implementar alguns direitos fundamentais de maneira imediata, em decorrência da ausência de condições financeiras. Esses direitos, mesmo que esteja previsto na legislação, vai de encontro com a realidade financeira e orçamentária, sem que exista a possibilidade de positivação.

No julgamento do RE 592.581, o Ministro Edson Fachin também defendeu a idéia de que alguns direitos fundamentais poderiam ser relativizados com a aplicação da *reserva do possível*, dando uma noção de qual era o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Para além (sic) disso, sua efetiva realização (de direitos sociais) apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada 'reserva do possível'. (STF: RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, p. 70.)

Portanto, sempre existiu uma manifestação de forma genérica do conceito da *reserva do possível*.

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL

Analisando tanto o *princípio da eficiência* como a *reserva do possível*, percebemos que existe uma incoerência entre eles. De um lado a Constituição Federal impondo que a Administração Pública seja eficiente, produtiva, responsável com os recursos públicos, visando atender os anseios da sociedade, porém, tem uma limitação quanto à efetivação dos direitos de prestação na *reserva do possível*.

O que se denota é que a *reserva do possível* muitas vezes é utilizada como justificativa para a não implantação desses direitos sociais, causando uma lesão direta ao *princípio da eficiência*.

Assim, esse princípio que surgiu justamente como uma ferramenta da sociedade contra ingerências de agentes públicos, acaba por sofrer uma limitação por uma teoria que ao menos foi positivada no nosso ordenamento legal.

Não existe dúvida de que a implantação de diversos direitos sociais, estão diretamente vinculada à disponibilidade de recursos financeiros e orçamentários, no entanto, o que se defende é que a Administração Pública sempre deverá agir com eficiência e responsabilidade na gerência dos recursos públicos. Pois, nada impede que um pequeno ente federativo com limitações de recursos possa ser eficiente nos moldes das possibilidades ofertadas.

Nesse contexto, não existe nenhuma contradição entre estes instrumentos, que na verdade devem andar em harmonia, posto que o gasto de recursos públicos, de maneira desordenada, sem qualquer responsabilidade, também ferirá diretamente o *princípio da eficiência*.

Menciona Holmes e Sunstein, que “um interesse é qualificado como um direito quando um sistema jurídico efetivo o reconhece como tal, mediante o uso de recursos coletivos para defendê-lo”. Direitos, segundo Holmes e Sunstein, têm dentes, isto é, não são inofensivos ou inocentes. (HOLMES, e SUNSTEIN, 1999, p 16)

Por isso, na medida em que não garantidos por arranjos institucionais, jurídicos e políticos inclusive pela força, os direitos morais seriam por definição desprovidos de qualquer validade fática.

É compreendido que o Estado sempre deverá procurar meios e ferramentas para garantir o acesso de todos os direitos dos cidadãos, da mesma forma que também deverá se esforçar e "facilitar o acesso a direitos sociais, tanto aos menos favorecidos, quanto aqueles que possuem recursos significativos para isso." (SIQUEIRA, 2017, p.200)

Assim, apenas a alegação de ausência de recursos financeiros por parte do Poder Estatal por si só, não é óbice para à implementação das políticas públicas que assegurem o gozo e exercício dos direitos sociais. "A reserva do financeiramente possível ou a pretensa estabilidade financeira do Estado servirá apenas como um valor a mais a ser ponderado no caso concreto." (BACK e DINIZ, 2014 p. 265)

Diante disso, a busca é de alcançar um equilíbrio entre tentar fazer aquilo que é satisfatório para a sociedade de maneira que não afete os cofres públicos.

Nessa perspectiva de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos públicos escassos urge a necessidade de se fazerem escolhas alocativas para realização dos direitos. Consoante Stephen Holmes e Cass Sunstein, “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*” (HOLMES, e SUNSTEIN, 1999, p 94)

Nesse norte, o agente público estará também respeitando o princípio do equilíbrio orçamentário que apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal está implicitamente mencionado em diversos ordenamentos legais.

Ricardo Lobo Torres menciona que:

A Constituição Orçamentária é um dos subsistemas da Constituição Financeira, ao lado da Constituição Tributária e da Monetária. Não é uma Superconstituição, mas uma das Subconstituições que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito, em equilíbrio e harmonia com outros subsistemas, especialmente a Constituição Econômica e a Política (TORRES, 2011. p. 8-9).

Não há como deixar de asseverar que a concepção de normas com eficácia programática assumiu nova compostura. Nesse sentido, seria equivocado tratar direitos constitucionais sociais como meros “desideratos”, vulneráveis às opções políticas do legislador futuro.

Alguns autores ponderam que pondera que "inexiste cientificidade em defender a idéia de que o programa inserido em uma constituição se incluía na seara da conveniência e da oportunidade adstritas ao alvitre do corpo legislativo ordinário." (SILVA NETO, 2009. p. 170.)

Com disso, não há dúvida de que deve haver um equilíbrio orçamentário a ser perseguido pela Administração Pública, porém, sempre tendo em conta que tal princípio deve conviver em harmonia com todos os princípios constitucionais, de modo que não sirva de desculpa para que o Estado se afaste do cumprimento de sua função primordial que é procurar efetivar os direitos fundamentais sociais e oferecer a todos os cidadãos de maneira igualitáriaos serviços básicos, sempre mantendo um equilíbrio entre as receitas e as despesas, o que conseqüentemente se aproximará do princípio da eficiência a luz da *reserva do possível*.

4. LESÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE

A não efetivação desses direitos sociais, utilizando como justificativa a reserva do possível estaria lesando diretamente o direito da personalidade.

Luis Roberto Barroso aponta que, no âmbito da dignidade da pessoa humana, inclui-se a proteção do mínimo existencial, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral.” (BARROSO 2009, p. 253)

Sobre dignidade da pessoa humana conferir o pensamento de Sarlet, "Abaixo do patamar mínimo, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade." (SARLET, 1988)

Assim, não se tem um conceito de dignidade da pessoa humana, por tratar-se de um *topoi* (lugar comum), que serve tão somente como ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. (SILVA NETO, 2009, p. 270.)

Mas Immanuel Kant apresenta uma noção filosófica de dignidade como qualidade singular e insubstituível da pessoa humana, parece consentânea com a guarida do mínimo existencial. (KANT, 1980, p. 140).

É inevitável que o Estado alegue a insuficiência de recursos, se justificando na reserva do possível para deixar de implantar imediatamente os direitos fundamentais sociais, principalmente quanto reclamados perante o Poder Judiciário. Todavia, não se deve empreender o mesmo raciocínio se o caso concreto exigir proteção ao mínimo existencial, já que estaria atingindo diretamente o direito da personalidade do indivíduo.

Nesse sentido Manoel Jorge e Silva Neto, o direito ao mínimo existencial confere “um direito público subjetivo ao indivíduo para exigir a pronta resposta do Estado quanto à satisfação de prestação para que continue viva a pessoa e possa viver em foros de condições mínimas de existência.” (SILVA NETO, 2009)

Portanto, visando sempre proteger a vida, reluz que todos os direitos guindados a mínimo existencial devem ser obrigatoriamente implementados por meio de políticas orçamentárias e públicas. Eis, portanto, a vertente prestacional garantidora do mínimo existencial. (GUERRA, EMERIQUE, 2006.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade apresentar o surgimento do *princípio da eficiência* e sua conceituação, que foi introduzido na ordem jurídica por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, como forma de obrigar os gestores públicos a atuarem de maneira responsável, se comprometendo a satisfazer os anseios da sociedade.

O *princípio da eficiência* sempre foi considerado um instrumento fundamental na defesa da cidadania, como uma arma na busca dos objetivos individuais e coletivos, já que obriga a Administração Pública buscar a melhor solução para efetivação dos direitos sociais, com o menor dispêndio de recursos financeiros, agindo dentro de um prazo razoável, mas sempre respeitando os princípios da legalidade e moralidade. Nesse contexto, o interesse da coletividade sempre prevalece em detrimento do interesse particular.

Também foi feito um estudo do *princípio da reserva do possível*, no qual foi abordado sua evolução histórica e os conceitos trazidos por diversos doutrinadores. Além disso, verificou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a sua aplicabilidade no Estado Brasileiro.

Tornou-se possível compreender a justificativa utilizada pelos entes Federativos ao se alicerçarem na *reserva do possível* para a não efetivação de diversos direitos sociais, assim, se sustentando na ausência de recursos financeiros e orçamentários, que acaba sendo o elemento primordial para que muitas ações públicas deixem de ser feitas.

Porém, mesmo que justificável na *reserva do possível*, o descumprimento de direitos fundamentais por parte do Estado, não pode se moldar para que haja ingerência e irresponsabilidade no manuseio dos recursos financeiros dos Órgãos Públicos.

Não se pode deixar de observar que eficiência é corolário dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, sendo um norte para os princípios da moralidade, publicidade, impessoalidade e legalidade.

Com isso, considera-se que deve sempre haver um equilíbrio entre se administrar com responsabilidade e eficácia, para atender os objetivos da sociedade, visando preservar a dignidade humana, que foi duramente conquistada.

REFERÊNCIAS

BACK, Alessandra; DINIZ, Thiago Antonio Nascimento. Poder judiciário e direitos fundamentais sociais: O limite da reserva do financeiramente possível. **Revista Jurídica (Unicuritiba)**, v. 1 n. 34. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIT, Philip et al. *Tragic Choices - The Conflicts Society in the Allocation of Tragically Scarce Resources*. New York, London. W. W. Norton e Company, 1978.

BverfGE (coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal), nº 33, S. 333, apud Andreas J. Krell, in op. cit. , p. 52.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>> Acesso em: 13 fev. 2014.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. "A Eficiência Administrativa na Constituição Federal", RDA 220-abril/junho 2000. Rio de Janeiro: Renovar

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, Bahia, v.3 (Março 2013).

GUERRA, Sydney; EMERIQUE, Lilian Márcia Baltman. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 9. Dezembro, 2006.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: W. M. Norton, 1999.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”; obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: *Os pensadores*. Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140).

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002;

MABTUM, Matheus Massaro. O princípio da eficiência administrativa pós emenda constitucional 19/98. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**. v. 3. n. 2. 2015.

MARCO, Cristian Magnus de; MEDEIROS Jeison Francisco de. O princípio da eficiência da administração da justiça como justificativa para implantação de uma jurisprudência precedentalista no Brasil: a disciplina judiciária marcada por influência neoliberal. **Revista Jurídica (Unicuritiba)**. v. 3. n. 40. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo. Editora Atlas S/A. 1999.
- _____. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 728. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.
- PAES, Alberto de Moraes Papaléo, RODRIGUES, Aline Cardoso. O princípio da eficiência administrativa e a responsabilidade política do servidor público. **Revista Argumenta Journal Law**. n. 17. 2012.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999
- RAMOS, Mariana Barbabela De Castro. **Clausula da reserva do possível: a origem da expressão alemã e sua utilização no direito brasileiro**. 2014, [online]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-da-reserva-do-possivel-a-origem-da-expressao-alema-e-sua-utilizacao-no-direito-brasileiro,49058.html> - Acesso em 03 out. 2015.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 270.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização. **Revista Jurídica (Unicuritiba)**. v. 1. n. 46. 2017.
- SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: (<<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>> Acesso em: 13 fev. 2014.)
- STF: ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 5.
- STF: RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, p. 70.)
- SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 21 abr. 2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5 ed. p. 170.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Renovar. 2011. p. 8-9