

Daniel Serra Azul Guimarães

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Programa de pós-graduação *stricto-sensu*. Mestrado.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

São Paulo

2.007

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor Marcelo Figueiredo.

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

ADC – ação declaratória de constitucionalidade

art. – artigo

CR – Constituição da República

D. J. – Diário da Justiça

MC – medida cautelar

nº - número

## **ABSTRACT**

Recently, the Constitutional Amendment n° 19/98 inserted efficiency among the Public Administration's constitutional principles. We seek to identify its logical structure, contributing to the analysis of its semantic possibilities and yet approach some pragmatic aspects. The subject is still incipient on jurisprudence, besides treated with certain doses of passion for involving necessarily ideological disputes. Besides that, recent transformation on the context in which refer to the public administration's constitutional discipline, typical of the "post-modernity", hinder the accommodation of the values at stake and the consequently systematization.

The Welfare State's advent and its transition to the contemporary State caused deep transformation on its functions, with relevant consequences on jurisprudence, having constant adaptations to the growing profile at the same time more democratic and active, looking towards rights constitutionally assured. The dimensions to the states problem's treatment are transformed too, as the traditional state is too big to solve local problems e too small to deal with national issues, imposing redefinitions as consequences over the public interest's concept.

Considering the conditioning of the pre-comprehension, deserve attention the inherent transformation to the conjuncture in which will be given jurisdictional overcome of the principle in exam.

The pragmatic changes brought by the "post-modernity", coincide with a momentum of legitimacy's exhaustion of the bureaucratic model, and have being fertile field to strengthen neo-liberal ideas tending towards implementation, in the public administration, of formulas relevant to the pragmatic-management model.

In these context emerged the Constitutional Amendment n° 19/98 that, seeks the proximity between brazilian's public administration and the management model, with emphasis in results, promoted changes in the relevant constitutional discipline and includes among the public administration's constitutional principle efficiency.

The construction of its context made here in consonance with the others principles that inform the administrative-judicial regime, comprehended to a dogmatic juridical-constitutional with a open procedure character, having as a touchstone the right legal process and with a subjacent paraconsistent logic. The definition proposed here for its syntactic function excludes the possibility of a collision between efficiency's principle and the other principles of the administration, concern of many studios of the subject.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| SINOPSE.....   | i   |
| ABSTRACT.....  | iii |
| Capítulo I. INTRODUÇÃO   |     |
| I.1. Mudança de paradigmas. O contexto em que foi positivado expressamente o princípio da eficiência na administração pública. I.2. Opções metodológicas. .... | 1   |
| I.2. Opções metodológicas. ....  | 8   |
| I.2.a. Direito e linguagem. ....   | 12  |
| I.3. O caráter procedimental e aberto da construção de sentido das normas constitucionais. ....  | 22  |
| Capítulo II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.   |     |
| II.1. Peculiaridades da dogmática constitucional. ....   | 39  |
| II.2. Princípios constitucionais: estrutura lógica. A dogmática jurídico-constitucional como teoria paraconsistente. ....                                      | 42  |
| II.3. Princípios constitucionais: peculiaridades pragmáticas. ....   | 46  |
| II.4. Princípios Gerais do Direito, sobreprincípios e postulados interpretativos. ....   | 52  |
| Capítulo III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.   |     |
| III.1. Administração pública. ....   | 56  |
| III.2. Disciplina constitucional da administração pública. ....  | 61  |
| III.3. A administração pública atual e seu regime jurídico. ....   | 61  |
| III.4. Princípios constitucionais da administração pública. ....   | 71  |
| Capítulo IV. O POSTULADO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.   |     |
| IV.1. Noções gerais. ....  | 79  |
| IV.2. Extensão semântica. ....   | 82  |
| IV.3. postulado da eficiência administrativa como dever de boa administração. ....   | 94  |
| VI.4. Relação entre o princípio da eficiência e outros princípios constitucionais da administração pública. ....   | 101 |
| CONCLUSÕES .....   | 106 |
| BIBLIOGRAFIA.....  | 110 |

## SINOPSE

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu entre os princípios constitucionais expressos da administração pública a *eficiência*. Buscamos identificar sua estrutura lógica, contribuir para a análise de suas possibilidades semânticas e ainda à abordar de alguns aspectos pragmáticos. O tema ainda é incipiente na doutrina e jurisprudência, além de ser tratado com certa dose paixão por envolver necessariamente disputas ideológicas. Além disso, recentes transformações no contexto em que incide a disciplina constitucional da administração pública, típicas da “pós-modernidade”, dificultam a acomodação dos valores em jogo e a conseqüente sistematização.

O advento do Estado Social e a transição dele para o Estado contemporâneo ocasionaram profundas transformações nas funções do Estado, com conseqüências jurídicas relevantes, havendo constante adaptação ao crescente perfil ao mesmo tempo mais democrático e ativo, com vistas à concretização de direitos constitucionalmente assegurados. As dimensões para o tratamento dos problemas estatais também se transformam, sendo o estado tradicional muito grande para resolver os problemas locais e muito pequeno para as questões supranacionais, impondo-se redefinições com conseqüências sobre o conceito de interesse público. Considerados os condicionamentos da pré-compreensão, merecem atenção as transformações inerentes à conjuntura em que se dará a concretização jurisdicional do princípio em exame.

As mudanças de paradigmas trazidas pela “pós-modernidade” coincidem com um momento de esgotamento da legitimidade do modelo burocrático e tem sido campo fértil para o fortalecimento de idéias neoliberais tendentes à implantação, na administração pública, de fórmulas pertinentes ao modelo gerencial-pragmático.

Neste contexto emergiu a Emenda Constitucional nº 19/98 que, visando à aproximação entre a administração pública brasileira e o modelo gerencial, com ênfase em resultados, promoveu alterações na disciplina constitucional pertinente e incluiu entre os princípios da administração pública a eficiência. A construção de seu conteúdo aqui é feita em consonância com os demais princípios que informam o regime jurídico-administrativo, compreendida a dogmática jurídico-constitucional com um caráter procedimental e aberto, tendo como pedra de toque o devido processo legal e como lógica subjacente uma lógica paraconsistente. A definição aqui proposta para sua função sintática exclui a possibilidade de colisão entre o princípio da eficiência e os demais princípios da administração, preocupação de muitos estudiosos do tema.

## **Capítulo I – INTRODUÇÃO.**

*I.1. Mudança de paradigmas. O contexto em que foi positivado expressamente o princípio da eficiência na administração pública. I.2. Opções metodológicas. I.2.a. Direito e linguagem. I.3. O caráter procedimental e aberto da construção de sentido das normas constitucionais.*

### **I.1. Mudança de paradigmas. O contexto em que foi positivado expressamente o princípio da eficiência na administração pública.**

A proposta deste trabalho é realizar uma aproximação com o princípio da eficiência, recentemente inserido entre os princípios expressos da disciplina constitucional da administração pública, com vistas à identificação de sua estrutura lógica, à contribuição para a análise de suas possibilidades semânticas e ainda à abordagem de alguns aspectos pragmáticos, notadamente no tocante à sua concretização.

O tema, por ainda incipiente, não é objeto de um conjunto sólido de decisões a que se possa denominar jurisprudência e ainda é objeto de acirradas disputas na doutrina, não havendo ainda um núcleo doutrinário e jurisprudencial sedimentado que permita seu manejo com segurança, de maneira que cresce a importância da abordagem com o emprego de instrumental buscado na teoria geral do direito constitucional.

Além de não haver ainda uma construção dogmática suficiente a dar segurança às aproximações deste tema, tem ele sido tratado com certa dose paixão, pois o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 pode ser considerado um marco relevante nas recentes reformas institucionais de caráter notadamente neoliberal, em muito influenciadas pela conjuntura político-econômica mundial e que foram objeto de muita disputa política no âmbito nacional.

Assim, encontramos desde aqueles que se recusam a reconhecer conteúdo normativo à expressão “eficiência” inserida no art. 37 da Constituição da República até aqueles que, com compreensão equivocada do princípio, pretendem que tenha ele trazido consigo a mitigação da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e de outros princípios destes decorrentes.

Para a adequada compreensão do tema é necessário compreender que o substrato metajurídico da disciplina constitucional da administração pública passa por grandes transformações impostas por fatores políticos, econômicos e sociais, mas certos preceitos constitucionais são absolutamente refratários a qualquer mudança no contexto externo ao Direito, permanecendo incólumes.

Não há como negar as recentes mutações do Direito Público em razão das transformações inerentes ao momento que tem recebido a denominação de “pós-modernidade”.

Segundo observou Canotilho, até aproximadamente a metade do século passado o Direito Administrativo era marcado pela consideração da ordem jurídica como um dado, ocupando o Estado o centro da ordem jurídica, havendo uma estrutura subjetiva bipolar: o público e o privado. A estrita legalidade garantiria planificabilidade, controlabilidade e previsibilidade. Atualmente apresenta-se a função administrativa não só como coercitiva, mas também como redistributiva e reguladora, não mais podendo a relação jurídico-administrativa ser representada por esquemas lineares, mas sim poligonais. Avulta ainda o caráter negocial de certos atos da Administração, bem como a influência do regime de Direito Privado<sup>1</sup>.

A este respeito, conveniente ponderar que um Direito Público orientado para a proteção dos direitos individuais em face de um Estado autoritário e policial, embora satisfatório do ponto de vista da doutrina administrativista francesa tradicional, fica aquém do necessário para a concretização de uma constituição com marcante diretriz positiva da Administração, em sentido promocional e compensador, imprescindível para o desenvolvimento social.

É necessário que se abandone a tradicional concepção inspirada exclusivamente por uma missão de abstenção estatal, isto é, voltada aos limites impostos à ação do Estado em face da esfera de liberdade individual, que, paradoxalmente, originou uma Administração Pública autoritária e vertical, que age por atos unilaterais. Para tanto, não basta a assimilação de modelos adotados por países que se encontram em estágio mais avançado de desenvolvimento econômico e social. Necessita a Administração Pública de um instrumental adequado para a concretização de suas missões constitucionais, sendo imperiosa uma maior comunicação entre

---

<sup>1</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Arena pública e espaço público ou a desconstrução da esfera pública*. In *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Org. Martins, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira e Tavares, André Ramos. São Paulo: Saraiva, 2.005, pp. 671-675.



a dogmática jurídico-administrativa e as ciências correlatas, especialmente a Ciência da Administração<sup>2</sup>.

Entre as transformações por que passa o supedâneo ideológico do regime constitucional da administração pública, podem ser mencionadas as características da atualidade apontadas por Roberto Dromi: uma redefinição da relação entre o local e o global, com conseqüências sobre a noção de soberania e sua relação com os direitos fundamentais, havendo uma nova conformação da *equação constitucional* entre estes e a autoridade estatal. Além disso, aponta Dromi o surgimento de direitos fundamentais de *terceira geração* e uma reformulação da organização do poder e da autoridade.

Dado seu caráter de instrumento para a satisfação de direitos fundamentais, o adequado exercício das competências administrativas é garantia fundamental da sociedade em seu conjunto<sup>3</sup>, pertinente a toda a coletividade. Como os demais direitos e garantias fundamentais, é passível de colisão com outros direitos e garantias, emergindo a necessidade de ponderação, em todos os seus aspectos, especialmente no que se refere aos limites ao exercício legítimo da autoridade estatal, bem como à sua omissão.

Ao lado da construção histórica de novos direitos fundamentais e do crescimento da importância dos direitos humanos no plano internacional, apresentam-se profundas transformações na noção de soberania, com evidentes implicações sobre a disciplina constitucional da administração pública. Percebe-se uma crescente descentralização do poder ao mesmo tempo em que se verificam movimentos no sentido da construção de uma ordem supranacional, da qual pode ser considerada um sintoma, por exemplo, a inclusão do parágrafo 4º no art. 5º da Lei Maior, pela Emenda Constitucional nº 45/04, submetendo o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Neste contexto, observa Roberto Dromi que passa a ser necessária a transferência de poder, tanto às administrações locais, como às organizações supranacionais, pois o Estado nascido no século XIX tem-se tornado excessivamente grande para solucionar pequenos problemas e excessivamente pequeno para os relevantes problemas gerados pela globalização e mundialização do século XXI<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Bucci, Ana Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2.002. p. XXXIX.

<sup>3</sup> Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2.004. p. 30.

<sup>4</sup> *Op. cit.* p. 31.

Enfim, temos uma redefinição da noção de soberania e, por consequência, da própria idéia de Estado, o que acarreta profundas transformações no conceito de *interesse público*<sup>5</sup>. Ao lado deste dado de particular relevância apresenta-se uma realidade que já não se demonstra perfeitamente adequada à formulação clássica da chamada teoria da *separação dos poderes*, com íntima relação com a nova metódica constitucional e consequências dignas de nota no que se refere ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

A “ausência de homogeneidade e sistematicidade do conhecimento”, a “rapidez das mudanças” e “a constatação de que o ‘progresso’ produziu não apenas efeitos positivos, mas também negativos” também são apresentados como características da pós-modernidade por Marçal Justen Filho<sup>6</sup>, que diz que este tempo “traduz-se no ceticismo quanto à possibilidade de dominar a natureza, inclusive por reconhecer que isso não é positivo para a humanidade” e acrescenta:

A pós-modernidade envolve, em parte, a rejeição a alguns valores da modernidade. Mas, por outro lado, incorpora ao máximo outras propostas. Essas contradições ou incongruências são uma característica da “pós-modernidade”. Assim, a pós modernidade rejeita a proposta de que o direito possa resolver todos os problemas sociais. No entanto, a mesma pós-modernidade se caracteriza pelo incremento da regulação jurídica sobre quase todos os setores da vida social<sup>7</sup>.

Considerando que a interpretação das normas é condicionada pela pré-compreensão determinada inclusive pelo contexto em que se insere o intérprete, cabe menção às observações de Luís Roberto Barroso sobre a “pós-modernidade” como um tempo marcado por uma grande mistura de estilos, pela descrença no poder absoluto da razão, pelo desprestígio do Estado e ainda por ser o tempo da velocidade, da imagem, de efêmero e do volátil. A humanidade vive a angústia do que não pôde ser, a perplexidade de um tempo sem verdades seguras, uma época “aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana”. Acrescenta: “O paradigma jurídico – que já passara, na modernidade, da lei para o juiz – transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução singular ao problema a ser resolvido”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. Association Services Publiques. *Un contexte nouveau in L'Etat moderne et l'administration*. Coord. Join-Lambert, Cristian. Paris: L.G.D.J., 1.994. pp. 20/22.

<sup>6</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2.005. p. 15.

<sup>7</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>8</sup> *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo)* in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérvulo da. Organizadores. São Paulo: Malheiros, 2.003. pp. 24-26.

Esta mudança de paradigmas coincide com um momento de esgotamento da legitimidade do modelo burocrático de Estado e tem sido campo fértil para o fortalecimento de idéias neoliberais tendentes à implantação, na administração pública, de modelos pertinentes à “racionalidade gerencial-pragmática”<sup>9</sup>.

Trata-se de um tempo órfão de valores absolutos e caracterizado pela diferenciação das esferas valorativas, no qual “a racionalidade voltada aos fins apresenta-se como o locus possível de encontro, de sucesso, pois não exige profissão de fé, mas eficiência para alcançar os fins almejados com menor grau de incerteza”<sup>10</sup>.

Cresce o espaço ocupado no acervo de valores vigentes pelo individualismo e pela competição em detrimento da solidariedade. Ressurge a crença no progresso decorrente da competição, da soma dos esforços voltados a fins egoísticos. A concepção neoliberal preconiza o progressivo abandono do campo econômico pelo estado, que passa a ser apenas regulador.

A respeito, observa Emerson Gabardo:

Segundo Le Moüel, nesta “sociedade de aparências” o *manager* nada mais é do que um “organizador de espetáculos”, que apesar da abundância de informação, inibe a comunicação. 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>11</sup>.

Acrescentem-se as palavras de Marçal Justen Filho:

Pode-se falar numa espécie de “Estado Espetáculo”, destituído de objetivos específicos, a não ser produzir manchetes jornalísticas. Algumas atividades estatais e jurídicas parecem desenvolvidas não para promover mudanças efetivas na realidade, mas para manter a atenção do “cidadão-espectador”. Há uma espécie de compulsão pela modificação ou inovação, mesmo que destituídas de qualquer consistência ou utilidade<sup>12</sup>.

Com o avanço das idéias neoliberais, começam a ganhar simpatia na administração pública algumas mudanças de rumo que parecem direcionar-se à autonomia da vontade, em detrimento da teoria da função administrativa.

---

<sup>9</sup> Gabardo, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2.002. p. 48.

<sup>10</sup> Argüello, Katie, citada em Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 50.

Todo o mencionado acima se passa no âmbito ideológico, evidentemente, pois, como já afirmado, na esfera jurídica deve-se respeito aos padrões estabelecidos pela Constituição e, mesmo às reformas que a ela se pretenda impingir apresentam-se como obstáculos intransponíveis as cláusulas pétreas. Ainda as alterações que vençam ilesas tais barreiras, devem ser compreendidas em conformidade com o sistema da Lei Maior.

Na esteira das preciosas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, podemos afirmar:

As Cartas Políticas de um povo devem ter por alicerce duas vigas mestras. Uma que chamaremos racional, que lhe dá cunho idealista, e traça as linhas gerais; a outra, que denominaremos nacional, formada da história de seu povo, revivendo, portanto, através do presente as suas tradições, e adaptando os princípios universais às condições particulares e originais de sua realidade<sup>13</sup>.

Linhas após, o saudoso mestre lembra o ensinamento de Araújo Castro:

A Constituição não pode ficar imutável: precisa ficar de acordo com as condições sociais e políticas da época. Sem isso, inobservada ou violada, irá, pouco a pouco, perdendo a sua autoridade com evidente descrédito das instituições e grave inconveniente para a vida nacional. Cumpre, porém, que a reforma se faça com a máxima prudência, sem o prurido de inovações perigosas<sup>14</sup>.

Não se deve confundir crise constitucional com crise constituinte, conforme adverte Paulo Bonavides<sup>15</sup>. A primeira, natural a qualquer Estado Constitucional, é crise interna ao sistema constitucional, resolvendo-se no âmbito da Lei Maior. Salvo casos muito excepcionais, este tipo de crise não afeta as instituições. Já a crise constituinte é crise *da* constituição e não *na* constituição. Rompe, de maneira abrupta, com as cláusulas pétreas, ou as corrói lentamente, impondo morte vagarosa e agonizante à Lei Maior.

E, longe de ser privilégio de líderes tiranos golpistas, o rompimento com a constituição pode ser levado a efeito paulatinamente por seus reformadores, intérpretes e aplicadores que, distanciando-se de sua essência, a descaracterizam de tal modo que, em meio aos retalhos das inúmeras emendas, permeado com as interpretações convenientes a grupos determinados,

---

<sup>11</sup> *Op. cit.* p. 72.

<sup>12</sup> *Op. cit.* p. 15.

<sup>13</sup> *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. pp. 39/40.

<sup>14</sup> *Apud* Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.* p. 41,

<sup>15</sup> *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.004. p. 40/46.

reste apenas a memória daquela que um dia foi a consagração suprema da vontade de um povo.

É verdade que, como lembra Marcelo Neves, “texto e realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização”<sup>16</sup>. No entanto, deve-se compreender adequadamente esta relação, pois a “realidade constitucional” adapta-se às transformações vindas com o tempo, mas o texto exerce a relevante função de impor limites à atividade interpretativa e mesmo à referida adaptação, mantendo-se um núcleo axiológico intangível e preservando-se, assim, o Estado Constitucional.

Concordamos com Marçal Justen Filho quando afirma a missão do Direito Administrativo pós-moderno de convocar o Estado para “a defesa dos valores essenciais e para o controle e repressão dos abusos propiciados pela concentração do poder econômico e pela afirmação de uma sociedade de consumo”<sup>17</sup>, apenas acrescentando que a “defesa dos valores essenciais” inclui a transformação da realidade com a concretização dos direitos fundamentais positivos.

É neste contexto que se desenvolve a concretização constitucional que, com a inclusão do “público pluralisticamente organizado” no processo interpretativo, atribui normatividade ao texto constitucional<sup>18</sup>.

O tema da concretização das normas constitucionais é de suma importância, sendo fundamental para a eficácia social da Lei Maior e a própria afirmação do constitucionalismo. Destarte, incumbe à dogmática jurídico-constitucional estabelecer meios para que se reduza o abismo entre o texto e a realidade e, além disso, para que daquele decorra a congruente generalização das correspondentes expectativas normativas<sup>19</sup>.

Conforme observa Marcelo Neves, “o problema da concretização constitucional no Brasil não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes

---

<sup>16</sup> *Concretização constitucional “versus” controle dos atos municipais in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Coord. Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérulo da. p. 568.

<sup>17</sup> Op. cit. pp. 17/18.

<sup>18</sup> Cf. Neves, Marcelo. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito in Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Coord. Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2.003. p. 569.

<sup>19</sup> Como bem ponderado por Alexandre Santos de Aragão, “Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir desses dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação”. (*O princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo. v. 237. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 01/02. jul./set. 2.004).

públicos e privados”. Baseando-se na definição de Direito de Luhman, como “(...) estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”, afirma o mestre que falta normatividade ao texto constitucional. “Em linguagem de Teoria dos Sistemas, não lhe correspondem ‘expectativas normativas congruentemente generalizadas’”, diz<sup>20</sup>.

Assim, encontra-se a disciplina constitucional da administração pública circunscrita por um mínimo axiológico irrefragável, mas com vasto campo para o debate aberto com vistas à formação, dialética e racionalmente justificada, de um sistema de princípios e regras em constante transformação. O mais importante é que as decisões sejam suficientemente justificadas para que sejam consideradas pertinentes ao sistema. Lembre-se que Dworkin aponta como característica especial da estrutura do Direito o fato de sua prática ser argumentativa, ao contrário de muitos outros fenômenos sociais<sup>21</sup>.

Aclaramos desde já que a noção de sistema, enquanto estruturação lógica de elementos concatenados, que aplicamos ao estudo do Direito Constitucional não tem por repertório exclusivamente as normas constitucionais consideradas como um dado objetivamente identificável, além de não ter o fechamento típico de sistemas lógicos perfeitos, mas desenvolve-se em dois planos: as técnicas de concretização da constituição, segundo o devido processo legal e as normas constitucionais como resultado desta atividade.

Diz Aarnio que, para que haja segurança nas relações jurídicas, é necessário que seja evitada a arbitrariedade e que seja adequada a decisão. O primeiro requisito refere-se à previsibilidade da decisão. O segundo preconiza que, além de estar a ela em conformidade com as normas jurídicas, seja ela também consentânea com critérios axiológicos ou morais<sup>22</sup>. As incursões em tais searas são inevitáveis, sendo pobre a interpretação com referencial semântico apenas na língua. Válido lembrar o questionamento de Dworkin a respeito de correntes positivistas: “Como poderiam pensar que decisões importantes sobre o uso do poder do Estado pudessem se transformar em um mero jogo de palavras?”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Op. cit.* p. 570. A seguir, baseando-se na teoria de Müller, assevera: “Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta, nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, com caráter generalizado, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada” (*Op. cit.* p. 571).

<sup>21</sup> Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Camargo, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes: 2.003. p. 17.

<sup>22</sup> *Algunas observaciones sobre la justificación jurídica in Interpretación de la ley – casos y materiales para su estudio*. Coord. Puceiro, Enrique Zuleta. Buenos Ayres: La Ley, 2.003. p. 231.

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 50.

Necessária, portanto, a abordagem da disciplina constitucional atual da administração pública segundo tais pautas e, mais especificamente, no tocante ao sentido e aos efeitos do princípio constitucional da eficiência administrativa, imperioso um estudo menos apaixonado e com redução da influência de outras ciências, ao menos na medida necessária para que se mantenha o foco no fenômeno jurídico.

## **I.2. Opções metodológicas.**

Independentemente dos motivos que tenham levado à inclusão, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, do valor eficiência como princípio expresso, é de se reconhecer força normativa à expressão inserida no artigo 37 da Lei Maior que, como sustentaremos, nada mais fez que tornar explícito o que já era implícito na Constituição.

Para estabelecer o objeto do trabalho e as opções metodológicas que conduziram os estudos, necessária a abordagem de alguns temas da Filosofia do Direito e da Teoria-Geral do Direito, sem se perder de vista o caráter dogmático da pesquisa. De antemão, decidimos partir da consideração do Direito como produto cultural e, portanto, necessariamente inserido no contexto da linguagem. Partindo deste pressuposto, tomamos como válidas as já consagradas relações entre Direito e Semiótica<sup>24</sup>, mormente tendo em conta que o objetivo do trabalho é, em suma, identificar a estrutura lógica do princípio constitucional da eficiência administrativa, contribuir para a análise de suas possibilidades semânticas e ainda abordar alguns aspectos pragmáticos, notadamente no tocante à sua concretização.

Este é, basicamente, o tema central do trabalho. Destarte, as incursões na seara da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito e da Semiótica, bem como da relação entre esta e aquelas, são limitadas ao imprescindível para estabelecermos as premissas das quais partiremos, às quais procuramos a prestar fidelidade por todo o desenvolvimento do estudo visando à sua compatibilidade com as conclusões a serem obtidas.

Optamos por uma concepção que pode ser denominada “pós-positivista” do Direito, mais adequada às teorias contemporâneas a respeito da interpretação e da jurisdição constitucional. A este traço da concepção de Direito adotada, acrescentamos que partimos de noções

---

<sup>24</sup> Adotamos a divisão da semiótica em sintática, semântica e pragmática, nos termos em que proposto por Morris (*Signos, lenguaje y conducta*. Trad. Armengol, José Jovira. Buenos Aires: Editorial Losada, 2.003. p. 263).

decorrentes de algumas constatações de autores realistas, procurando demonstrar que os tradicionais cânones da hermenêutica jurídica – mesmo algumas das técnicas atuais – não têm a natureza de procedimentos técnico-cognitivos para obtenção da solução “correta”, mas sim de instrumentos retóricos para justificação de decisões.

Esta opção privilegia de maneira bastante particular a argumentação jurídica, assim como as demais teorias formuladas especialmente por autores pós-positivistas com o fim de se estabelecer um controle racional das motivações das decisões e, por conseqüência, um sistema mais seguro e previsível de jurisdição constitucional.

Tema intimamente relacionado também é o dos limites institucionais para a inferência do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo em sua atividade – volitiva – de interpretação/aplicação do princípio em questão.

O estabelecimento destas bases teóricas, pertinentes ao estudo dos princípios constitucionais em geral, facilita a abordagem dos princípios constitucionais setoriais referentes à administração pública. Como o trabalho objetiva o estudo de apenas um deles – o da eficiência –, a referência aos demais limita-se a suprir as necessidades incidentais para a consecução de tal objetivo. Não foi desenvolvido, portanto, estudo exaustivo sobre os princípios constitucionais – expressos e implícitos – da administração pública, o que nos lançaria para além dos limites do presente estudo.

Entre os aspectos analisados, imperiosa é a observação de que, embora sob o aspecto da fundamentalidade dos valores que veiculam para o sistema possam realmente todos ser enquadrados em uma mesma categoria, denominada “princípios”, se analisado, sob o aspecto lógico, o papel que desempenham no sistema, verificamos que alguns deles incidem diretamente sobre fatos e outros, que denominaremos postulados interpretativos, verdadeiras metanormas, sobrenormas, incidem sobre aqueles, acomodando-os no processo de ponderação para a concretização. Têm os postulados a função sintática de disciplinar a relação entre os princípios situados num plano inferior de linguagem. Apenas de linguagem, não de validade, evidentemente.

Outra observação relevante é a de que, embora o sentido dos princípios deva ser construído em processo que conjuga os métodos indutivo e dedutivo, por mera dedução é possível a extração de algumas regras dos princípios constitucionais da Administração Pública e dos



princípios constitucionais em geral, pois a cada um deles corresponde ao menos uma regra que impede a violação do conteúdo mínimo, praticamente indiscutível, do valor que abrange.

Esta breve abordagem dos princípios do regime jurídico-administrativo no âmbito constitucional e seu cotejo com a teoria geral dos princípios constitucionais permite melhor aproximação com o princípio em estudo, com satisfatória verificação de seu conteúdo e das relações que desenvolve com os princípios com os quais se relaciona.

Reiteramos e deixamos claro, o estudo se situa no âmbito da dogmática jurídica, embora o conhecimento do Direito seja incompatível com divisões estanques de enfoques. O objeto de estudo, portanto, é o conjunto das normas constitucionais em vigor no Brasil, mas dado um enfoque mais pragmático, mais procedimental, mais, entendemos, consentâneo com a realidade da concretização constitucional.

Sem desprezar a importância do aspecto lógico do fenômeno jurídico não nos limitamos ao seu âmbito, lançando os olhos também ao procedimento de construção de sentido, deixado entre parênteses por aquela faceta.

O processo de construção de sentido das normas constitucionais é complexo, envolve muitos agentes e instituições e sofre influências de diversas ordens, exigindo sua estrutura uma base sólida que não permita que a tensão entre os elementos jurídicos e extrajurídicos envolvidos culmine num rompimento em que, isolados, ambos acarretem a aleatoriedade e a arbitrariedade.

Este núcleo sólido, supedâneo da atividade de concretização constitucional pode ser identificado no devido processo legal que, devidamente delineado, permite a delimitação, na medida do possível, entre a esfera juridicizada da política e aquela que remanesce fora do âmbito da atividade jurisdicional.

De grande relevância este ponto, especialmente no tocante às discussões a respeito da legitimidade do Poder Judiciário para a interferência em matéria de políticas públicas, ou, dito de outra forma, à redefinição das funções dos “Poderes” do Estado. Impõe-se a adoção de método adequado para que a jurisdição constitucional seja marcada pela segurança e previsibilidade, sem deixar de lado o aspecto político da divisão das tarefas estatais, com maior atribuição daquelas que importam decisões políticas primárias aos órgãos e agentes respaldados com mandato popular.

Como bem ponderado por Cristina Queiroz,

O problema está em saber se essa tarefa pertence como tal aos tribunais, e particularmente aos tribunais de justiça constitucional, ou ao legislador. Uma questão, como assinala Esser, não de interpretação em sentido estrito, mas de *legitimidade política*, um problema que se encontra indissolivelmente ligado à discussão em torno do papel ‘activo’ ou ‘passivo’ dos tribunais e, particularmente, da ‘escolha do método’ em direito constitucional. Sob este ponto de vista, adquire a concretização um *relevo jurídico constitucional*<sup>25</sup>.

Superada a concepção da interpretação e aplicação do Direito como atividade meramente subsuntiva, percebe-se a falácia de se negar que deva o Poder Judiciário adotar “decisões políticas” e esta constatação é o primeiro passo justamente contra eventuais excessos da interferência judicial na administração pública. Com efeito, ocultando o caráter volitivo da atividade jurisdicional, permite-se que, com jogos de palavras, qualquer interferência indevida seja apresentada como aplicação do Direito.

Admitido-se que a jurisdição, especialmente a constitucional e com maior evidência no tocante aos princípios, não se realiza por mera subsunção, pode-se enfrentar com seriedade o problema referente à delimitação do espaço legítimo para a atuação jurisdicional.

Tal delimitação, da mesma maneira que a própria aplicação do Direito Constitucional, realiza-se por meio de uma prática argumentativa, o que traz novamente à tona a relevância da abordagem do fenômeno jurídico tendo como perspectiva seu aspecto procedimental de produção de normas e decisões.

### **I.2.a. Direito e linguagem.**

Além disso, qualquer que seja a concepção adotada, qualquer que seja o enfoque para a abordagem, um dado é inafastável: o Direito somente se manifesta pela linguagem<sup>26</sup>. “O

---

<sup>25</sup> *Interpretação constitucional e poder judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2.000. p. 124.

<sup>26</sup> Diz Gregorio Robles: “Para realizar a investigação intrínseca temos que saber no que consiste a essência do direito, qual é sua natureza íntima e profunda, sem a qual não é possível sua compreensão. Nossa resposta é esta: o direito é linguagem” (*O direito como texto*. São Paulo: Manole, 2.004. p. 47).

direito é o resultado de múltiplas decisões dos homens, que só podem se expressar *mediante palavras*<sup>27</sup>.

Incontáveis foram e ainda são as tentativas de se identificar a essência do Direito. As controvérsias a respeito do *verdadeiro* conceito de Direito são agravadas pela idéia de que a linguagem *designa* a realidade, reporta-se a conceitos adrede existentes<sup>28</sup>. Segundo uma concepção mais atual, tem-se percebido que os símbolos lingüísticos têm sua relação com a realidade estabelecida arbitrariamente. Assim, o que deve ser levado em conta não é a correspondência entre as palavras e a coisa em si, mas entre elas e o *uso* verificado em dado contexto comunicacional<sup>29</sup>.

Mesmo se tratando de criações arbitrárias, o emprego dos signos pode ser avaliado como verdadeiro ou falso, conforme sua adequação com o uso comum. É o que ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>30</sup>, que acrescenta que temos uma definição *lexical* quando a definição se reporta a um uso comum, sendo este o parâmetro para a aferição da verdade. Assim, esta definição será verdadeira se corresponder àquele uso. Por esta razão, com o fim de estabelecer possibilidades semânticas para a eficiência administrativa, analisaremos alguns dos conceitos ligados a tal termo e a termos correlatos que sejam conformes aos usos comuns (especialmente em Direito, Ciência da Administração e Economia).

Um segundo grau de arbitrariedade, contudo, verifica-se na linguagem científica, que geralmente elege, para um signo, um dos usos comuns, realizando uma *redefinição*, ou estabelece um novo uso para o vocábulo, em uma definição *estipulativa* conforme a lição do

---

<sup>27</sup> Robles, Gregorio. *Op. cit.* p. 47. Isto não limita a essência do Direito a uma noção estrita de texto. Interessante trazer à colação as palavras do Ministro Eros Grau, com esteio na doutrina de Müller sob a análise de canotilho: “A denominada *Metódica Jurídica Normativo-Estruturante* possui, consoante Canotilho [1991:221], os seguintes postulados básicos: “(1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa ‘decisão prática’ (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e comas funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não-identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo [F. Muller], correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)” (Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. Brasília: Malheiros Editores, 2005. pp. 98/99).

<sup>28</sup> Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2.003. pp. 34/35.

<sup>29</sup> *Op. cit.* p. 36.

referido mestre<sup>31</sup>. Uma estipulação ou uma redefinição não é verdadeira ou falsa, mas útil ou inútil, a depender da finalidade de quem define.

Faz-se aqui de particular relevância a menção ao “giro lingüístico” a que se refere Dardo Scavino na notável obra “Filosofia actual – pensar sin certezas” que tomará nossa atenção nas próximas linhas<sup>32</sup>.

Segundo afirmação feita por Gotlob Frege no final do século XIX, o sentido de uma proposição dependeria de suas condições de verdade. É de se indagar, contudo, quais seriam as condições de verdade de uma proposição. A resposta tradicional era: temos uma proposição verdadeira quando existe uma realidade exterior que a ela corresponde. As idéias de Frege deram origem a duas das mais influentes correntes filosóficas do século XX: a fenomenologia e a filosofia analítica, sendo ponto de partida dos textos que as inspiraram. Respectivamente: “Investigações Lógicas” de Edmund Husserl e “*Tractatus Lógico-filosófico*” de Ludwig Wittgenstein.

A semântica da verdade em que consistiu a lógica de Frege parecia ter resolvido um problema que vinha da “Crítica da razão pura” de Kant que dizia respeito à fundamentação do discurso científico. Kant dividiu os juízos lógicos em analíticos e sintéticos. Aqueles eram conceitos tautológicos, enquanto estes acrescentavam algo ao conhecimento de uma coisa. Os juízos sintéticos baseavam-se na experiência e não eram, nos termos da lógica aristotélica, universais e necessários.

A indagação kantiana sobre a possibilidade de juízos sintéticos *a priori* parece ter sido respondida negativamente um século mais tarde por Frege, que defendeu não a verdade dos juízos em si, em conformidade com seu próprio conceito (o que diria respeito a conceitos analíticos), mas a verdade de juízos que, ainda que não idênticos entre si eram reciprocamente substituíveis por se reportarem a um referente existente e idêntico a si.

No entanto, surge a inevitável indagação: o que significa existir? Para os positivistas lógicos, existir seria poder ser verificado empiricamente. Também para Husserl o conhecimento começava pela experiência, que recebe, contudo, sentido diverso. Continuando uma tradição que remontava a Descartes e Kant, a de uma “filosofia da consciência”, Husserl afasta a

---

<sup>30</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>31</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>32</sup> *Filosofia actual – pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1.999. pp. 21/58.

necessidade de comprovação empírica de algo externo à consciência, influenciando sua fenomenologia a obra de Jean-Paul Sartre, que identifica o ser na aparência. “La multiplicidad de lo sensible sólo se percibe sobre un fondo de unidad de la cosa percibida”<sup>33</sup>.

Assim, segundo Scavino, “La fenomenología iba a continuar así una antigua tradición de la metafísica occidental según la cual el ser de una cosa era uno, verdadero y Bueno”<sup>34</sup>.

Deve ser acrescentado agora que as percepções que temos são parciais e incompletas, uma vez que estamos impedidos de ver as coisas de todos os lados ao mesmo tempo. Scavino traz à colação o seguinte exemplo de Husserl:

(...) Supongamos que vemos un edificio. Nunca podemos percibir todas sus paredes exteriores; llegamos a observar dos o a lo sumo tres (si contamos el techo), porque siempre lo hacemos desde un punto de vista en el espacio y desde un momento en el tiempo<sup>35</sup>.

Assim, nunca apreendemos o referente inteiramente pelos sentidos, mas apenas temos dele sucessivas impressões parciais. Estabelecemos relações entre proposições pressupondo sua unidade construída a partir de tais impressões parciais. Embora ausentes, pode-se dizer que o passado e o futuro coexistem com o presente. Caso contrário, veríamos as coisas apenas como uma série de imagens instantâneas sem continuidade e sem relação entre si.

Assim, o referente idêntico a si mesmo que fez falta à lógica de Frege parecia ter sido restituído pela fenomenologia. Na consciência o discurso científico encontrava o fundamento que a filosofia buscava.

Jacques Derrida, inspirado por Martin Heidegger, com a publicação, em 1967 do ensaio “A voz e o fenômeno” propôs-se a “desconstruir” o conceito husserliano de presença que, como visto, funcionava como uma garantia de unidade do referente, unidade esta que tinha como pressuposto a aptidão do presente para reter o passado e anunciar o futuro, conforme havia sido inclusive estabelecido por Husserl. Assim, sustentou Derrida que o presente não coincide consigo mesmo, o que caracteriza o presente é a diferença e não a unidade. Vendo uma unidade onde não há, a consciência nos engana ao invés de servir de fundamento para a ciência.

---

<sup>33</sup> Scavino Dardo. *Op. cit.* p. 25.

<sup>34</sup> *Op. et. loc. cit.*

<sup>35</sup> *Op. cit.* pp. 26/27.

Destarte, observa Dardo Scavino:

Conclusión desastrosa si se tiene en cuenta que Husserl se había propuesto fundamentar la identidad del referente de la lógica de Frege. Si la consciencia es siempre consciencia de algo, de una cosa presente, entonces la consciencia es ilusión. Lejos de la lucidez crítica que se otorgaba, la consciencia nos impulsa a adherir al fetichismo de las cosas: la consciencia es por sobre todo falsa consciencia, y en este sentido Marx, Nietzsche y Freud terían razón contra Husserl y los fenomenólogos. Al desconstruir el concepto de presencia, de esse ser uno, verdadero y Bueno, Derrida inicia entonces la crítica de lo que llama la “*onto-teo-logía*”: el discurso (*logos*) acerca de la cosa (*ontos*) considerada como Dios (*theos*). Dios que, como vimos, podía ser el bien platónico, el Dios medieval o el Hombre moderno<sup>36</sup>.

Ocorre que esta desconstrução do referente, que não passava de uma ilusão afetou a possibilidade de um discurso racional e verdadeiro. Derrida, contudo, nas palavras de Scavino, “escondía un as bajo la manga: la lingüística estructural del profesor Ferdinand de Saussure”, que definiu o signo lingüístico como uma unidade com duas bases de sustentação: significante e significado.

Embora esta concepção seja a princípio muito parecida com a de Frege, a correspondência entre significante e significado não é dada *a priori*, mas estabelecida convencionalmente. “Lo que define una expresión, en consecuencia, ya no son sus condiciones de verdad, como en el caso de Frege, sino las acepciones puramente convencionales dentro de una determinada lengua”<sup>37</sup>.

O significado não se confunde com o referente, o objeto designado, mas com uma definição convencional em determinada língua de maneira que, para que se compreenda o que significa dado signo, é necessário o conhecimento de uma língua, ou seja, que se participe de uma cultura. Enfim, o significado não é a coisa em si, mas um conjunto lingüístico de homogeneidades selecionadas com o emprego de signos. É construído pela concatenação de outros significantes.

Assim, considerando que a significação não depende do referente, não se pode falar propriamente em uma diferença entre o discurso unívoco da ciência e o discurso equívoco da ficção e mesmo entre linguagem literal e linguagem figurada<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> *Op. cit.* p. 29.

<sup>37</sup> Scavino, Dardo. *Op. cit.* pp. 29/30.

<sup>38</sup> Não há diferença ontológica, havendo apenas distinção no nível de complexidade na formação da convenção. Ou seja, a linguagem figurada parte de convenção da linguagem literal e estabelece uma nova.

Este é o ponto em que, segundo Scavino, Derrida reencontra Nietzsche, para quem as “verdades” não passavam de metáforas esquecidas<sup>39</sup>. Se o significante não remete a um referente, mas sempre a outro significante, o discurso precede às coisas e não o contrário. Na expressão de Nietzsche, “não existem fatos, só interpretações, e toda interpretação interpreta outra interpretação”<sup>40</sup>. A interpretação cria a realidade, não a designa.

As representações decorrentes do emprego dos signos são possíveis porque fazemos parte de uma cultura. Segundo Heidegger, não vivemos em um território natural, como os animais, mas pertencemos a uma linguagem, uma cultura<sup>41</sup>.

Percebe-se, destarte, que a linguagem descritiva da ciência não se relaciona diretamente com os dados, mas com interpretações, conceitos. Apenas indiretamente refere-se àqueles. Não há como ser de outra forma. Inseridos no contexto de uma língua, ou, melhor dizendo, pertencendo a uma língua, comunicamo-nos intertecendo proposições em torno de convenções.

Na Ciência do Direito, há uma maior distância ainda do mundo empírico, pois tem como objeto a linguagem prescritiva do Direito. Trata-se de linguagem de segundo grau, metalinguagem, o que aumenta o grau de convencionalismo e, ao mesmo tempo, o risco de ruídos no contexto comunicacional.

A linguagem do direito tem como objeto a prescrição de condutas e o faz com a veiculação de hipóteses que, se verificadas, acarretam uma conseqüente relação jurídica modalizada com os operadores obrigatório, proibido ou permitido. A coercibilidade, ou seja, a possibilidade de imposição forçada da observância de seus preceitos pelo Estado é a característica peculiar das normas jurídicas, distinguindo-a das demais normas sociais.

A definição do conteúdo dos preceitos referentes ao conjunto de normas de conduta dotadas de coercibilidade de que tratamos, como vimos, muitas vezes não decorre de mera atividade subsuntiva, mesmo considerando-se como parâmetros as significações convencionais.

---

<sup>39</sup> Op. cit. p. 35.

<sup>40</sup> *Apud* Scavino, Dardo. *Op. cit.* p. 36.

<sup>41</sup> Lembra Scavino: “Así entendido un mundo es un conjunto de significaciones, de saberes, de valores, de gustos, de certezas: una pré-interpretación o una ‘pre-comprensión’, como la llamaba Heidegger. De ahí que para este filósofo no habitamos un território natural, como los animales, sino un mundo, una lenguaje o una cultura” (*op. cit.* p. 41).

Daí afirmar Marcelo Neves, ao analisar o método estruturante de Müller, que a abordagem puramente semântica do processo de concretização constitucional “deixa de oferecer algumas questões eminentemente jurídico-pragmáticas ou oferece-lhes respostas insuficientes”. Segundo o citado constitucionalista, este problema se manifesta principalmente quando se sustenta que a decisão concretizadora, “embora possa apresentar conteúdos os mais variáveis, tem de ser justificada com argumentos objetivos (*Sachargumenten*) que sejam ‘atribuíveis (zurechenbar) aos textos normativos do Direito vigente’”<sup>42</sup>.

De relevo para o desenvolvimento do caráter pragmático da interpretação a contribuição de Peter Häberle, propondo a participação de todos os agentes, órgãos e grupos potencialmente envolvidos no processo de concretização constitucional<sup>43</sup>. Enfatizando os participantes e propondo um caráter pluralista à concretização constitucional, aproxima este autor tal atividade do ideal de justiça constitucional democrática desenvolvendo um importante aspecto do enfoque procedimental aqui adotado com preponderância para a análise do fenômeno jurídico constitucional. Esta proposta também é feita por Aarnio<sup>44</sup>.

Adverte, contudo, Marcelo Neves:

No entanto, embora seja inegável que com a complexidade da sociedade moderna resulta uma plurivocidade do texto constitucional, condicionada pragmaticamente pelos valores e interesses presentes na esfera pública pluralista, não se pode afirmar que a linguagem jurídica, especialmente no Estado de Direito, seja arbitrária. É verdade que os sentidos objetivos são construídos em cada contexto específico de uso. Mas os sentidos construídos socialmente passam a ter uma força que ultrapassa a vontade ou a disposição subjetiva do eventual intérprete ou utente. Portanto, na interpretação jurídica não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista<sup>45</sup>.

Lembra o mestre, contudo, que “também é inaceitável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético e racionalmente justo”, referindo-se à doutrina de Dworkin<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Op. cit. p. 362.

<sup>43</sup> *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Mendes, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1.997. *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Mikunda, Emilio. Madri: Editorial Tecnos, 2.002.

<sup>44</sup> *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1.987. p. XVI.

<sup>45</sup> Op. cit. pp. 365/366.

<sup>46</sup> Op. et loc. Cit.



Surge o problema de definir os limites das interpretações que podem ser consideradas justificáveis, o que somente pode ser resolvido de acordo com a razoabilidade verificável por meio de uma argumentação racional.

Como já dito acima, a interpretação das normas é condicionada pela pré-compreensão determinada pelo contexto em que se insere o intérprete e, dada a elevada constitucionalização do Direito, passando-se paulatinamente à proeminência dos princípios, depois de passar da lei para o juiz, o paradigma jurídico desloca-se agora para o caso concreto, para a melhor solução diante de cada situação que se apresenta<sup>47</sup>.

O crescimento desta vertente metodológica tem favorecido a formação de um panorama em que a mera menção, com argumentos de autoridade, ao direito positivo – como se a linguagem da dogmática se referisse diretamente ao “conteúdo” das normas – não é mais suficiente, sendo imperioso que os aplicadores do Direito justifiquem discursivamente suas posturas. O comportamento dos juízes e tribunais vai tomando o lugar da interpretação das normas jurídicas como objeto do estudo do Direito e “o centro de gravidade do sistema jurídico vai-se deslocando lentamente na direção de uma *casuística judicial orientada por valores e princípios*”, conforme ensina Cristina Queiroz, segundo quem “o direito deixa de ser visto, basicamente, como o conjunto das normas jurídicas para ser compreendido e inteligido como o conjunto das decisões”<sup>48</sup>.

O próprio termo “direito”, aliás, é semanticamente impreciso e de variável função sintática, além de ser dotado de grande carga emotiva<sup>49</sup>, o que faz avultar a relevância da precisão conceitual e coerência entre premissas e conclusões, que devem ser expostas de maneira clara, sem se pretender ocultar o fato de que, conforme observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., lembrando Charles Stevenson, “tendo em vista a carga emotiva da palavra, é preciso saber

---

<sup>47</sup> Neves, Marcelo. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo)* in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérvulo da. Organizadores. São Paulo: Malheiros, 2.003. pp. 24-26.

<sup>48</sup> Queiroz, Cristina. Op. cit. p. 141.

<sup>49</sup> Argutamente observou Ricardo A. Guibourg que “El contenido del termino ‘derecho’ (subjetivo) que así utilizamos es vago y ambiguo: vago porque los límites de su uso son ciertamente imprecisos; ambiguo, porque la expresión suele utilizarse con significados diversos”. Acrescenta o mestre argentino que “El contenido emotivo del término ‘derecho’ es ciertamente muy alto, tanto que su uso tiende a oscurecer y a confundir su contenido descriptivo” – Guibourg, Ricardo A. *Colección de análisis Jurisprudencial – Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2.003. p. 43.

que, qualquer definição que se dê de *direito*, sempre estaremos diante de uma definição persuasiva”<sup>50</sup>.

A ocultar o caráter persuasivo da dogmática jurídica, preferimos admiti-lo e buscar a clareza e a racionalidade que permitam o máximo controle da referida carga emotiva, aproximando-se a pesquisa o máximo possível da neutralidade, inatingível em termos absolutos.

Isto porque é anacrônica a idéia de que o Direito seja algo externo a seus intérpretes e aplicadores, atingível pelo emprego de certas técnicas, os tradicionais postulados de interpretação que remontam à escola exegese e à jurisprudência dos conceitos. Tais correntes postulavam um modelo sintático-semântico para a hermenêutica, conforme observou Marcelo Neves, referindo-se a “uma concepção que enfatiza as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) dos mesmos”<sup>51</sup>.

A atividade de interpretação e aplicação do Direito é constitutiva e não declaratória. Como bem adverte Cristina Queiroz, “O intérprete não pode ir mais além, exceder o conteúdo da norma. Contudo, não aborda a norma com uma mente em branco”. A seguir, conclui: “Interpretar é determinar o significado objectivo de um texto. Logo, é determinar a norma ‘contida’ neste texto”<sup>52</sup>.

Enfim, o fato é que o juiz, sempre dentro dos limites impostos pelo ordenamento, cria o Direito. Não que as decisões judiciais regularmente possuam eficácia geral, pois são, em regra, normas individuais. Contudo, supõem atividade criativa no tocante à construção do sentido da norma geral em que se funda a decisão, criação esta que é sucedida pela criação, nos limites estabelecidos no momento anterior, da norma individual e concreta. Trata-se de consequência do próprio processo de interpretação<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Op. cit.* p. 39.

<sup>51</sup> *Op. cit.* p. 357.

<sup>52</sup> *Op. cit.* pp. 105 e 107/108.

<sup>53</sup> Cf. Grau, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 60/61. Prossegue o Ministro, na mesma obra e local:

“Tem de ser assim: porque a interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma), sustento que o juiz “produz” o direito.

“Este ponto desejo deixá-lo bastante enfatizado, a fim de que a leitura apressada do meu texto não impeça o leitor de perceber o preciso sentido da afirmação- que reitero- de que o intérprete autêntico (= o juiz) “produz” o direito (isto é, a norma).

“Ademais, cumpre desde logo anotar que a *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois ela resulta também do conúbio entre o *texto* e os *fatos (a realidade)*”.

Assim, encontra-se atualmente superada a idéia da busca da única decisão correta com os postulados da exegese, sendo insuficiente a proposta positivista que permite a elaboração de um quadro semântico, intermediada por operações lógico-sintáticas, dentro do qual pode o intérprete optar por diversas interpretações igualmente válidas<sup>54</sup>.

Especialmente quando tratamos do princípio constitucional da eficiência da administração pública, devemos considerar que a opção pragmática por uma de diversas interpretações não pode mais ser considerada matéria externa à Teoria do Direito, que deixa de ter como única preocupação a realização lógica de seus preceitos, para cuidar também da aptidão desta realização lógica para a realização de seus desígnios na vida em sociedade, conforme bem observado por Alexandre Santos de Aragão<sup>55</sup>, que, a seguir, colaciona interessante ensinamento de Lucio Iannotta sobre o tema específico de nosso estudo:

no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal,

---

<sup>54</sup> Mais uma vez pertinentes aqui as palavras de Eros Grau: “Tenho sustentado, reiteradamente, em outros textos que a interpretação é uma prudência - o saber prático, a phronésis, a que refere Aristóteles na *Ética a Nicômaco*. O homem prudente- diz o estagirita- é aquele que é capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob uma aspecto particular (como, por exemplo, aqueles coisas que são boas para a saúde e o vigor), porém de um modo geral, [considerando] aquelas coisas que conduzem à vida boa em geral (VI, 5 1.140 a, 25). O homem prudente é aquele capaz de deliberação. Mas jamais deliberamos sobre coisas que não podem ser de outro modo, nem sobre coisas que não dependem de nós; por conseqüência, se é verdadeiro que a ciência envolve demonstração, mas as coisas cujos princípios podem ser outros não admitem demonstração (porque todos são igualmente suscetíveis de ser o que não são - isto é, de ser diferentemente, ou seja: são contingentes) (VI 5 1.140 a, 30) e não é possível deliberar sobre coisas que são por necessidade (VI5 1140a, 35), a prudência não pode ser nem uma ciência nem uma arte (VI5 1140b). O objeto da ciência é demonstrável. A arte visa à geração [produção] e aplicar-se a uma arte é considerar o modo de produzir alguma coisa que tanto pode ser como não ser, cujo princípio de existência está no artista e não na coisa produzida. A arte não se ocupa com as coisas que são ou que se geram por necessidade, nem com seres naturais, que encontram em si mesmo seu princípio [sua origem] (VI, 5 1140<sup>a</sup>, 10). Assim, a prudência não é ciência nem arte. A prudência é uma virtude (VI5, 1140b, 20). Logo, a prudência é uma disposição [capacidade], acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano (VI,5 1140 b, 5); ou, dizendo-o de outro modo, capaz de agir na esfera dos bens humanos (VI, 5 1140 b, 20). A prudência é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto - não é *saber puro*, separado do ser”. (*Op. cit.*, p. 100).

<sup>55</sup> Aragão, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 02.

para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. (...) <sup>56</sup>.

A concepção da interpretação do Direito como um “problema de determinação semântica do sentido dos textos jurídicos, condicionada pragmaticamente” passou a preponderar a partir de meados do século passado, como observa Marcelo Neves, que fala em um modelo “semântico-pragmático” <sup>57</sup>. O autor lembra, contudo, que, apesar de ser considerado o aspecto pragmático na noção de pré-compreensão ou pré-conceito do intérprete, este aspecto tem sido negligenciado, subestimando-se a função construtiva do intérprete em face dos textos normativos <sup>58</sup>.

Devem despertar nosso interesse, portanto, não a busca *do* método certo, perfeito, sem falhas, empreitada impossível, mas sim uma elaboração que proporcione parâmetros para um controle racional da argumentação que leva à criação das normas gerais, individuais ou metaindividuais, abstratas ou concretas, bem como à produção acadêmica, que influencia a atividade anteriormente mencionada.

É neste sentido que pretendemos abordar o que Roberto Dromi denominou sistema jurídico administrativo:

El *sistema jurídico administrativo* es la unidad científica de los valores (la axiología administrativa del ‘deber ser’ y el ‘para qué’), con las instituciones de *gobierno* y *gestión* (la ontología administrativa explicativa de las materias o el qué jurídico), el *conocimiento* y la *comprensión* del Derecho (la gnosología administrativa) y la *interpretación* en el quehacer jurídico para su aplicación (la hermenéutica administrativa) <sup>59</sup>.

Assim, embora reafirmando que o enfoque preponderante será o hermenêutico, com sua necessária relação com a opção metodológica pelo estudo do Direito como linguagem, a abordagem dos aspectos semântico e pragmático permitem que não olvidemos a faceta axiológica e a ontológica.

O mencionado autor aponta a relevância de não se desprezar, no estudo do Direito Administrativo o contexto econômico, social e cultural sobre o qual atua e pelo qual é circunscrito em sua concreção. Por isso, afasta Dromi a possibilidade de se construir um

---

<sup>56</sup> *Apud* Aragão, Alexandre Santos de. *Op. et. loc. cit.*

<sup>57</sup> *Op. cit.* p. 359.

<sup>58</sup> *Op. et. loc. cit.*

<sup>59</sup> *Op. cit.* p. 72.

estudo deste ramo do Direito com base apenas no ordenamento jurídico, devendo ser abrangidos seu fundamento e natureza, o modo como é interpretado e as consequências que provoca, com prevalência de seu sentido de atualidade<sup>60</sup>. Acrescenta o mestre:

Los hombres de cada generación tienen su *tiempo*, su *historia*, su *pasado* y su *futuro*, y ello determina el derecho a la propia *interpretación histórica de su realidad*. En este orden, el sistema de Derecho administrativo de principios del siglo XXI preserva las premisas sociológicas e históricas que le dieron un espacio autónomo en el orden de la Ciencia del Derecho, pero a su vez incorpora elementos vigenciales que hacen a su especificidad contemporánea, teniendo en cuenta que se trata de un tiempo de cambios continuos y repentinos que obedecen a una sociedad tecnificada y en rápida transformación<sup>61</sup>.

Isso não implica a perda do foco, que permanece no direito e não nos demais sistemas com os quais ele estabelece relações. O que deve ser reconhecido é que o direito encontra-se inserido no mundo da realidade vital, tanto social como pessoal, tendo intensa relação com os sistemas sociais que lhe conformam o espaço próprio. Assim, estudar o Direito é considerar também o contexto em que ele é produzido e aplicado.

Destarte, a busca de compreensão dos códigos do sistema social regulado é missão do aplicador do Direito que, “através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais subsistemas sociais, em especial o econômico”, deve buscar “o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no *Diário Oficial*, mas também na realidade prática do setor regulado”<sup>62</sup>.

Em síntese: estudo do sistema do Direito deve levar em consideração os sistemas com os quais ele interage – os sistemas social, cultural, econômico, político, etc. – sem se olvidar que o objeto de estudo é aquele primeiro e não estes.

### **I.3. O caráter procedimental e aberto da construção de sentido das normas constitucionais.**

Como já afirmamos acima, tomamos o Direito como processo por entendermos que esta dimensão tem-se demonstrado mais relevante e compatível para explicar as recentes transformações na dogmática constitucional.

---

<sup>60</sup> *Op. cit.* p. 73.

<sup>61</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>62</sup> Aragão, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 05.

Assim, o consideramos um processo contínuo de construção de normas gerais e individuais, abstratas e concretas, segundo parâmetros materiais e formais definidos constitucionalmente. Processo este que deve se desenvolver nos termos dos princípios gerais do Direito entendidos como normas fundamentais inerentes do Estado Democrático de Direito e eleitos pela Lei Maior para servirem de supedâneo a toda ação estatal. Idéias centrais de instituições positivadas, que regem seu desenvolvimento e a busca de seus fins. Não se trata, portanto, como bem observado por Lúcia Valle Figueiredo, de “nada misterioso e alusivo, como as essências angélicas ou as abstrações superiores”<sup>63</sup>.

Previsto expressamente no art. 5º, LIV da Constituição da República e manifestando-se implicitamente, de resto, em todo o texto constitucional, o devido processo legal, em suas dimensões formal e material, pode ser considerado a síntese do processo de que se trata, a essência mesmo do Direito no enfoque que adotamos.

O devido processo legal é sobreprincípio que, ao lado de normas da mesma natureza, constituem o núcleo axiológico que fundamenta a ordem constitucional e condiciona sua aplicação. Assim, o devido processo legal, no contexto de um Estado Democrático de Direito, expele do âmbito da validade jurídica todo ato afrontoso aos direitos fundamentais – valores imprescindíveis à preservação da vida e da dignidade humanas – e aos princípios da constitucionalidade, democrático, da legalidade, da separação dos poderes, da segurança jurídica e da justiça social.

O texto do art. 5º, LIV de nossa Constituição traz praticamente o mesmo texto da quinta e da décima quarta emendas da Constituição dos Estados Unidos da América.<sup>64</sup>

Trata-se, em última análise, de cláusula de garantia da segurança jurídica, da previsibilidade da ação estatal, da liberdade, enfim, dois valores consistentes na própria razão de ser do constitucionalismo e, em última análise, do Direito.

Com efeito, a disciplina jurídica da vida social não tem outro fim senão assegurar a vida livre e digna, com expectativas seguras quanto a eventuais ingerências nos interesses de cada indivíduo, planificabilidade e previsibilidade no tocante à preservação da intangível esfera jurídica individual e, ainda, em Estados com o perfil do nosso, à transformação da realidade

---

<sup>63</sup> Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.003. p. 39.

<sup>64</sup> Cf. Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*. Nova York: The Foundation Press, 1.978.

social. Tais fins coincidem com os as normas constitucionais vocacionadas a garantir a prevalência de um modelo de regularidade da ação do Estado.

Afirmar a necessidade de regularidade e previsibilidade não prejudica a idéia, pertinente à natureza das normas jurídicas e de sua interpretação e aplicação, segundo a qual somente são possíveis em sua completude diante do caso concreto, pois, mesmo considerada esta peculiaridade, não teriam o Estado e o Direito ou, com maior pertinência, o Estado de Direito, razão de ser não fosse para permitir aos indivíduos um mínimo de previsibilidade para o desenvolvimento de válidas expectativas na vida social.

O sobreprincípio do devido processo legal é garantia contra a arbitrariedade, contra abusos e desvirtuamentos na ação do Poder Público. Assim, evidentemente, seu conteúdo não pode ser construído livremente pelos órgãos estatais<sup>65</sup>. É necessário que se reconheça um conteúdo essencial, produto de construção em torno dos valores que o fundamentam, não sendo razoável a limitada compreensão de que sua conformação é dada inteiramente à ação dos poderes constituídos.

Assim, não é compatível com o Direito, por exemplo, a adoção, pelo Estado, de providências que atinjam a esfera jurídica daqueles submetidos a seu poder sem que lhes seja dada ciência prévia, oportunidade de defesa, que lhes seja conferido tratamento leal, com respeito a suas justas expectativas e à dignidade humana<sup>66</sup>.

A este aspecto formal o desenvolvimento histórico do constitucionalismo norte-americano acrescentou o “substantive due process” que, como lembrou Luis Roberto Barroso, “se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional”<sup>67</sup>. Acrescenta Barroso:

De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (reasonableness) e da racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> A respeito do devido processo legal, já afirmou a Suprema Corte norte-americana: “is a restraint on the legislative as well as on the executive and judicial powers of government, and cannot be so construed as to leave the congress [or the states] free to make any process ‘due process of law,’ by its mere will” (cf. Tribe. *Op. cit.* p. 502).

<sup>66</sup> Cf. Tribe, Laurence H. *Op. cit.* p. 501/506.

<sup>67</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.004. p. 219.

<sup>68</sup> *Op. cit.* p. 219.

Dois aspectos se apresentam quando se analisa a noção de devido processo legal: o “due process of lawmaking” e o “due process of law applying”<sup>69</sup>, que representam diferentes graus de escolhas políticas que podemos denominar *escolhas políticas primárias* realizadas nos limites da constituição por aqueles que dela recebem competência para a produção de normas e *escolhas políticas secundárias*, feitas com muito menor liberdade nos limites da constituição e também das normas infraconstitucionais válidas.

É quase consenso que chegou a hora de os cultores do Direito voltarem seus olhos para este segundo momento, abandonando a ilusão da aplicação do direito como atividade subsuntiva e declaratória, que dava ensejo à legitimação da arbitrariedade<sup>70</sup>.

Cumpriu importante papel a idéia kelseniana segundo a qual o juiz não legisla nem suplementa a lei, mas se autodetermina dentro do espaço que esta lhe sinaliza. Eis a natureza da interpretação: “todo o espaço da dinâmica jurídica é aplicação em relação às normas mais gerais que o fundamentam, mas é criação em relação às normas inferiores que fundamenta (...)”<sup>71</sup>.

No entanto, é necessário ir além, buscar parâmetros para controle da atividade do aplicador mesmo dentro dos limites da moldura kelseniana.

A adoção da noção do Direito enquanto devido processo legal como pedra de toque permite que o estudo atinja seus fins sem com resultados mais proveitosos e consentâneos com a nova interpretação constitucional.

Um esclarecimento aqui se faz imperioso. Como pontifica Tércio Sampaio Ferraz Jr<sup>72</sup>, com base em Vieweg, o Direito é suscetível tanto de uma abordagem dogmática como de uma abordagem zetética. O enfoque zetético enfatiza o problema a ser resolvido, tendo o questionamento irrestrito e infinito como método, sem se vincular às premissas adotadas, que podem ser alteradas se verificada sua inconveniência.

Enquanto na abordagem zetética prepondera o interesse pelas questões que se apresentam, no dogmático, predomina a análise das respostas a tais questões, o objetivo principal não é de questionamento, mas de propiciar condições para uma decisão. Neste último caso, há vínculo

---

<sup>69</sup> Cf. Tribe, Laurence H. *Op. cit.* p. 1144/1146.

<sup>70</sup> Imperiosa aqui a menção das palavras de Lawrence H. Tribe a respeito: “And direct and open attention to actual process reduces the temptation do distort a law’s clear meaning or to pervert various doctrines (such as those of vagueness and delegation) in reponse to an undifferentiated dissatisfaction with the way in witch a governamental decision came about, or with it persists” (op. cit. p. 1.146).

<sup>71</sup> Citado em Grau, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 66.



estrito com as premissas, aceitas como válidas, às quais as respostas aos problemas devem se adaptar.

São indagações zetéticas aquelas das chamadas ciências jurídicas auxiliares, como a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito, a Ciência Política, etc.

Situado nosso estudo no âmbito do Direito Constitucional, ramo da ciência do Direito, deve ele necessariamente ser marcado por uma análise dogmática, partindo-se, contudo, do sistema constitucional brasileiro, considerada esta expressão com a elasticidade e flexibilidade ressaltadas por Paulo Bonavides<sup>73</sup>, mormente considerando que não há uma linha divisória radical entre os enfoques zetético e dogmático, sendo apenas mais acentuado um deles em cada investigação. Bonavides justifica sua opção pelo enfoque no sistema constitucional, pois “permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante”<sup>74</sup>. O emprego da terminologia em questão, segundo o mestre “induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa”<sup>75</sup>.

Embora com enfoque dogmático, portanto, imprescindíveis algumas observações de caráter zetético, especialmente no que se refere aos métodos de interpretação, instrumentos que serão fundamentais para que sejam atingidas as conclusões a que nos propomos. Isto porque, embora em geral o enfoque dogmático imponha a aceitação de axiomas referentes ao objeto de estudo e também aos métodos hermenêuticos, faz-se imprescindível uma maior abertura na indagação referente a estes últimos<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>73</sup> cf. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.006. p. 95.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>75</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>76</sup> O enfoque zetético, aliás, tem conquistado espaço cada vez maior na ciência jurídica. A respeito, assevera Larenz:

“A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a VIEHWEG, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão do que é que constitui a diferença entre uma metodologia e uma teoria de argumentação. “Argumentar” significa fornecer fundamentos que, permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos. Quem idealizar uma teoria da argumentação jurídica pensa, antes do mais, na discussão de questões jurídicas perante os tribunais, na sala de audiências ou na literatura juscientífica. É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a imposição de uma opinião

---

na doutrina se efectiva em regra por via de um discurso. Isto dá a entender que de facto as fundamentações jurídicas se consubstanciam em formas e cadeias de argumentação. Em contrapartida uma “metodologia” é concebida mais exactamente com o processo de uma pesquisa juscientífica, de um parecer ou mesmo da fundamentação de um julgamento. Aqui não trata apenas do argumento “mais forte”, mas de um processo ordenado de pensamento, que possa afiançar que pontos de vista essenciais não foram deixados fora de consideração. Mas como afinal de contas são os mesmo pontos de vista a que aquele que argumenta e aquele que procede “metodicamente” recorrem, enquanto inevitáveis passos de um processo de pensamento, trata-se assim, na medida em que o que está em causa é algo mais do que as regras formais de uma discussão, largamente de aspectos distintos da mesma coisa.

“Isto é claro na “teoria da argumentação jurídica” de ROBERT ALEXY. Ele sublinha que o discurso jurídico é um “caso particular do discurso prático geral”. O que o discurso jurídico e o discurso prático geral têm de comum é que em ambos se impõe, com a afirmação de um determinado enunciado entendido como normativo, uma pretensão à justeza desse enunciado. O discurso jurídico constituiria todavia um caso especial, “pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas”. Estas condições seriam : “a vinculação à lei, a consideração de que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada”, bem como, exceptuando o discurso jurídico “as restrições decorrentes das regras do códigos de processo”. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justeza que suscitam as asserções jurídicas face às do “discurso prático geral”. “Não se pretende dizer, de modo puro e simples, que o enunciado normativo que se afirma, que se propõe ou que se expressa num acto de julgar é racional, mas que só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente”. Consequentemente suscita ALEXY a questão: “Mas o que é, nos quadros da ordem jurídica vigente, fundamentação racional?”. Para responder a essa questão debruça-se sobre as questões que há muito constituem o objecto da metodologia jurídica: a doutrina da proposição jurídica e do silogismo de determinação da consequência jurídica, das diferentes espécies- ALEXY fala de “formas de argumento”- de interpretação da lei, do modo de operar da dogmática jurídica e da aplicação de seus produtos, da utilização dos precedentes. ALEXY não comunga, face à diferentes formas de interpretação, do cepticismo absoluto de ESSER, KRIELE e HAVERKATE. Em boa verdade, também a teoria do discurso não poderá oferecer qualquer hierarquização rígida ou seriação, mas poderá indicar “qual o modo como devem ser utilizadas na plenitude de seu sentido as diferentes formas de argumentação”. Em última instância são os “fundamentos racionais” que deverão decidir qual o peso que se deve atribuir em cada caso a cada “forma de argumento” particular. Tais fundamentos teriam a sua proveniência principalmente da discussão “prática geral”, ou seja, ético-social. Por fim, diz que os chamados cânones, ou seja, as modalidades de interpretação, não constituem, na verdade, garantia de que “o único resultado correcto seja alcançado com uma segurança razoavelmente grande”, mas que são no entanto “ mais do que meros instrumentos de uma legitimação em segunda via de uma decisão achada e fundamentada de um outro modo. São fórmulas a que a argumentação jurídica tem de recorrer quando pretende satisfazer a pretensão de justeza que nela se suscita e que, diferentemente do discurso prático geral, se prende muito particularmente com a vinculação à lei”. A isto só poderemos dar o nosso assentimento.

“A convicção de que ALEXY comunga em conjunto com a *tópica* é só a de que, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, se trata de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para determinar é um discurso estruturado de acordo com as regras racionais (formais). Reconhece no entanto as insuficiências da *tópica* e enumera-as uma a uma. A sua principal insuficiência de vê-a ela na “incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente”, bem como em que “ entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas não é feita uma diferenciação suficiente”. Uma teoria da argumentação jurídica, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de “se e em que medida pode evitar estas insuficiências”. ALEXY não se coíbe de afirmar que no discurso jurídico se trata da “*justeza de enunciados normativos*”. Distinguem-se assim claramente dos autores que tomam como referência a retórica, como PERELMAN e VIEHWEG, segundo os quais só se pode tratar de encontrar argumentos “aceitáveis” para os interlocutores, surgindo a “aptidão de consenso” no lugar da “justeza”.

“As explanações de ALEXY merecem particular atenção a propósito de se saber se e em que medida as proposições da dogmática jurídica podem e devem ter aplicação enquanto argumentos nas discussões jurídicas (o que se deve dizer exactamente é: nas discussões sobre a decisão correcta de casos). A sua resposta é: “a argumentação dogmática é racional enquanto não tenha perdido a vinculação à argumentação prática geral”. Aí reside uma rejeição de atitude de anti-sistemática de VIEHWEG e, naturalmente, também da valoração incondicionalmente negativa da denominada Jurisprudência dos conceitos. É evidente que a respeito da questão da aplicabilidade das proposições dogmática na discussão jurídica se trata apenas de um aspecto parcelar, que não esgota a questão do valor cognoscitivo da ciência jurídica (dogmática)” (Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1.997. pp. 211/215).

Com efeito, importa-nos obter uma aproximação científica do princípio constitucional da eficiência administrativa mediante uma incursão no sistema constitucional com vistas ao melhor de suas possibilidades interpretativas. Imprescindível, portanto, será um maior questionamento a respeito do aspecto dinâmico da produção de normas, gerais e abstratas ou individuais e concretas com fulcro em tal princípio, atividade que não pode prescindir do estabelecimento de suas possibilidades lógico-semânticas, que, dada a natureza do fenômeno jurídico, sofrem ainda influência dos aspectos pragmáticos que envolvem o princípio.

Isto, entretanto, não acarreta perda de foco, pois o objeto do estudo é o Direito, conjunto de normas jurídicas que extraem, umas das outras, seu fundamento de validade, culminando o sistema na Constituição, cujo fundamento de validade não será posto em questão. Adotamos, neste particular, a proposta kelseniana da norma hipotética fundamental como pressuposto lógico-transcendental do sistema jurídico.

O trabalho, portanto, tem por objeto, em última análise, a validade de normas, as condições para a pertinência ao sistema, nos termos das dimensões do princípio constitucional da eficiência administrativa, dito de outra maneira, os pressupostos de constitucionalidade de normas e atos infraconstitucionais em face de tal princípio.

Não consideramos, contudo, o Direito, enquanto dado, como um conjunto harmônico de normas objetivamente identificável por mera exegese. Sabe-se que o ordenamento jurídico não é um sistema, pois suas diversas fontes inclusive legislativas produzem normas para dirigir condutas sem a preocupação de construir um sistema coerente e harmônico. Esta missão cabe à Ciência do Direito, metalinguagem descritiva que tem a linguagem prescritiva do Direito como objeto.

Procuramos dar tratamento sistemático ao tema escolhido, mas enfatizando seu aspecto dinâmico, acentuando o aspecto procedimental e adotando como pedra de toque do sistema a noção de devido processo legal.

Tratando do caráter ilusório da suposição do ordenamento jurídico como dado objetivamente identificável, Agustín Gordillo, cōm esteio em García de Enterría, assevera: “No hay reglas, hay casos individuales y concretos”<sup>77</sup>. Acrescenta o mestre, parafraseando Marcelo Bolaños:

---

<sup>77</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2.003. p. 1-2.

“la Ciencia juridica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares y concretos”<sup>78</sup>.

Com esteio nas lições de Friedrich Müller, Marcelo Neves afirma: “A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização”<sup>79</sup>.

Imprescindível, portanto, que se busque atribuir ao processo de concretização constitucional um caráter plural e democrático o que, aliás, integra o próprio conceito de devido processo legal no âmbito de nossa Constituição, dado o perfil por ela atribuído a nosso Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus *fundamentos* o pluralismo político (art. 1º, V). Impõe-se uma aproximação entre a jurisdição constitucional e o titular do poder e destinatário de seu exercício: o povo.

Este aspecto do devido processo de concretização constitucional tem sido incrementado com a previsão de figuras como a do *amicus curiae* nas ações pertinentes ao controle concentrado de constitucionalidade, mas ainda não conta com instrumentos específicos na jurisdição constitucional difusa.

A constituição não deve ser imposta de cima para baixo, mas sim ser paulatinamente construída em processo estruturado com a máxima horizontalidade possível. É o que, como vimos, ordena a própria Lei Maior<sup>80</sup>.

Relevante neste particular a assertiva de Cristina Queiroz:

No processo de interpretação constitucional, isso significa que os tribunais devem partir agora, *necessariamente*, de um conceito ‘coerente’ de ordem

---

<sup>78</sup> *Op. et loc. cit.* Acrescente-se a observação de Eros Roberto Grau: “Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque, como adiante veremos, interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendermos (= interpretamos) os fatos”. (*Op. cit.* p. 71).

<sup>79</sup> *Op. cit.* p. 361.

<sup>80</sup> Para tal fim, muito importante a afirmação de Ascarelli, trazida à colação por Eros Grau: “(a) interpretação (...) é uma construção e uma reconstrução que explica, desenvolve, restringe, modifica substancialmente; reconduz-se sempre ao dado interpretado e sempre modificando-o. (...) Cada lei existe, no fim, qual interpretada; cada lei é qual a faz a interpretação que seja acolhida e esta interpretação na realidade reconstrói a lei e pode fazê-la diversa da sua primeira inteligência; transforma-a com o tempo; adapta-a e modifica-a; desenvolve-a ou a reduz a nada. E nesta interpretação se fazem valer as exigências e as convicções do intérprete, assim como aquela condenação moral que, todavia, não se ergue eticamente contra a norma, negando-a, mas se concretiza interpretando-a e plasmando-a (...); respeitando-a e assim respeitando a exigência de ordem e de certeza que esta sempre representa, mas, ao mesmo tempo, transformando-a e, assim, adequando-a a um sempre mutável equilíbrio de contrastes forças e valorações” (*Apud* Grau, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 72).

jurídica, tomado na sua ‘globalidade’, um conceito que tenha em conta a relação entre o ‘auto-governo democrático’ (: democracia), de um lado, e o ‘Império das Leis’ (: direito) de outro<sup>81</sup>.

Aqui se reforça a necessidade de ressaltar um outro aspecto da interpretação da Constituição: o sentido das normas constitucionais somente se apresenta em sua completude diante das situações concretas a serem solucionadas.

Por esta razão, assevera Gordillo: “No hay reglas, hay casos. Dicho de otra manera, la unica regla es que no hay ninguna regla. O si no, en una tercera forma de desmistificar la ‘regla’, dice Cardozo, ‘Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estandares y grados’”<sup>82</sup>.

Estas afirmações não contradizem a afirmação supra de que tratamos de normas jurídicas (que se dividem em princípios e regras), mas esclarecem que apenas são analisadas possibilidades interpretativas, sem perdermos de vista que a interpretação somente pode ser efetuada em sua completude diante do fato ao qual se pretende a aplicação da norma.

É certo que essa postura teórica implica rejeita a tendência juspositivista de confundir texto com norma constitucional, mas ela também afasta qualquer concepção puramente retórica, que reduza a dogmática jurídica ao mero jogo discursivo, sem qualquer vínculo com o as normas. Esta compreensão simplificadora deturparia o processo de concretização. A interpretação e aplicação do Direito parte do texto e a ele se reporta. A vinculação ao texto é necessária exatamente para que haja consistência na concreção.

Dois métodos se apresentam atualmente como os mais adequados para a interpretação constitucional, marcada pela necessidade de avaliação da aplicabilidade de princípios a cada situação fática que se apresenta: o método estruturante de Müller e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy.

Segundo o primeiro, a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito somente podem ser viabilizados pela concretização da norma prática após uma análise intensa e conseqüente limitação no âmbito de cada norma, depois da qual não há espaço para colisões, porque uma as norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto. Se não há colisão, não há como se falar em sopesamento, conforme bem observado por Eros Grau, que prossegue:

---

<sup>81</sup> *Op. cit.* p. 126.

<sup>82</sup> *Op. et loc. cit.*

A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão o seu âmbito normativo. Assim – segundo quem me critica- se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e liberdade de expressão do outro. Isto porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito<sup>83</sup>.

Por sua vez, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy tem como premissa a tese de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo que, assim, abrange toda situação que, isoladamente considerada, poderia encontrar pertinência com a hipótese de incidência de um determinado direito fundamental

Assim, as teorias, embora muito em voga e com intenso trânsito na doutrina, são incompatíveis entre si. Explica Eros Grau:

Daí tornar-se-ia evidente não ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Muller e Alexy, simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental. Muller defende que a definição no âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão – pois não há normas antes do caso concreto – por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente sem a necessidade de sopesamento, enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento. Além disso, Alexy parte de um conceito semântico de norma jurídica que, para Muller, não é mais do que o início do procedimento de concretização normativo. Assim, aquilo que para Alexy é a *norma*, para Muller é apenas o que ele chama de *programa da norma*. O elemento central da teoria de Muller – o âmbito da norma – não tem espaço na teoria de Alexy<sup>84</sup>.

Adotamos aqui a concepção de Alexy, considerando a vasta amplitude das fórmulas empregadas pela constituição e o caráter aberto da hermenêutica constitucional acima ressaltado. Admitimos, destarte, a colisão entre princípios, sendo necessária a ponderação, com critérios fornecidos pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade para que se atinja o conteúdo das normas constitucionais diante de cada situação concreta.

---

<sup>83</sup> Grau, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 63/64.

<sup>84</sup> *Op. cit.* p. 64/65.

Conformado pela realidade na qual intervém, o Direito apresenta não contradições ou antagonismo de valores, mas “uma polaridade estrutural, posto que a existência simultânea desses opostos é inerente ao mundo da vida e estão essencialmente ligados entre si”<sup>85</sup>.

Afastada a possibilidade de um ordenamento constitucional objetivamente identificável, ao menos em sua inteireza, a despeito dos fatos concretos e admitido que o direito somente se realiza e pode ser conformado quando verificada a hipótese normativa, percebe-se ser necessária uma mudança de enfoque. O estudo volta-se com preponderância ao aspecto dinâmico da produção da norma de decisão, ou seja, é ressaltado o aspecto procedimental do Direito. Sem desprezarmos a idéia do Direito Constitucional como conjunto de normas, nosso enfoque precípua recai sobre o direito enquanto *devido processo legal*.

Feita esta observação, percebe-se ser necessária a mudança de enfoque que defendemos. Assim, sem se desprezar o aspecto estático do Direito Constitucional como conjunto de normas passíveis de análise lógico-semântica, nosso enfoque precípua recai sobre o direito enquanto *devido processo legal*, pois, como assevera Canotilho, conjugam-se no princípio do Estado de Direito elementos formais e materiais, “exprimindo, deste modo, *a profunda imbricação entre forma e conteúdo* no exercício de atividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos”<sup>86</sup>. Entre os elementos considerados como “*momentos formais do estado de direito*”, aponta o mestre português o princípio da legalidade de administração<sup>87</sup>.

A tendência de substituição do enfoque no ato administrativo pelo enfoque no procedimento (ou processo) administrativo manifesta-se recentemente em elevado número de atos normativos disciplinadores de procedimentos na administração pública, merecendo menção a Lei nº 9.784/99, que disciplinou o *processo administrativo* no âmbito federal e a Lei nº 10.177/98 que o rege no Estado de São Paulo.

Lembra Gordillo da afirmação do Juiz Jackson, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em plena guerra fria: “Si tuviera que elegir entre las leyes del *common law* aplicadas por procedimientos soviéticos, o leyes soviéticas aplicadas por el *due process of law*, no dudaría un instante en elegir lo segundo”<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Grau, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 75.

<sup>86</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2.004. p. 255.

<sup>87</sup> *Op. et. loc. cit.*

<sup>88</sup> *Op. cit.* P. I-4.

Dois fatores tornam irrecusável este giro metodológico: (a) a ampla constitucionalização do Direito Administrativo e o crescimento de seu caráter principiológico, com a necessidade de ponderação de valores; (b) a redução do prestígio da autoridade estatal por si própria e a exigência de que suas posturas sejam justificadas de modo claro e racional<sup>89</sup>.

Assevera Zagrebelsky que os princípios de justiça operam de modo distinto nas constituições atuais porque são numerosos. Colocam em cena vetores que se movem em muitas direções ao invés de serem como um vetor que faz irresistível a força que atua em seu nome. Assim, é preciso calcular em cada caso a “resultante” da concorrência de forças. O resultado, destarte, não vem dado, mas é construído<sup>90</sup>. Impõe-se, portanto, que sejam previsíveis e racionalmente justificadas tanto as posturas da Administração Pública como as do Poder Judiciário ao delimitar seu limite de legítima atuação discricionária. Avulta a importância do tema quando constatamos que as hipóteses de discricionariedade administrativa apresentam-se sempre como hipóteses do que a doutrina atual denomina "hard cases" em contraposição aos "routine cases". Trata-se de casos em que: (a) muitas normas aplicáveis (em tese) a um fato – problema na interpretação do fato; ou (b) o texto impreciso torna complexa a definição dos fatos a que se aplica a norma<sup>91</sup>.

Costuma-se fazer, com certa parcimônia, a distinção entre questões de oportunidade (de apreciação da Administração) e de legalidade (de apreciação do Judiciário). Tal distinção repousa sobre a suposição de que a primeira resulta de uma escolha discricionária e a segunda da mera aplicação à situação de uma norma preexistente. Contudo, mesmo nesta segunda hipótese, há a necessidade de determinar qual a norma aplicável e, ainda, interpretá-la, ou, ao menos, interpretar os fatos, atividades estas que importam escolhas discricionárias por parte do intérprete/aplicador da norma<sup>92</sup>.

Com efeito, nossa Constituição tem acentuado caráter principiológico e impõe a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Deve-se buscar, portanto, critérios válidos de razoabilidade para o controle da discricionariedade administrativa.

Neste contexto, apresenta-se com grande relevância o dever de motivação de todas as decisões judiciais (CR, art. 93, IX), além do dever de coerência, sendo também de muita importância a função limitadora da jurisprudência, que ao menos impõe um ônus argumentativo maior para decisões a ela contrárias, evitando-se decisões aleatórias e arbitrárias<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. XV.

<sup>90</sup> *Op. cit.* p. 96.

<sup>91</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* pp. 01-03.

<sup>92</sup> Troper, Michel. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris: Léviathan – Presses Universitaires de France, 2.001. p. 244.

<sup>93</sup> Troper, Michel. *Op. cit.* pp. 245-246.



Se é legítima a aplicação, pelo Poder Judiciário, dos princípios constitucionais, não se deve olvidar que há um âmbito intangível de competência discricionária da Administração Pública que tem por escopo preservar sua autonomia.

Em todas as situações em que a Administração se depara com diversas possibilidades de ação é possível identificar algumas que certamente encontram-se dentro do âmbito denotativo da norma e algumas outras que certamente dele estão fora. Este juízo, referente ao "minimal due process Standard"<sup>94</sup>, pode e deve ser feito pelo Poder Judiciário. Mesmo no sistema francês de jurisdição especial, diz André de Laubardère que, na hipótese de poder discricionário, cabe a censura judicial do erro de apreciação, ou seja, a inadequação da medida aos motivos, desde que ele seja manifesto. Observa o autor que o Conselho de Estado Francês acrescentou o "erro manifesto" aos demais elementos do controle mínimo do exercício da competência discricionária<sup>95</sup>.

Entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa há, contudo, uma zona intermediária, na qual somente cabe ao administrador fazer opções de acordo com critérios políticos de oportunidade e conveniência.

Desde já é necessário deixar estabelecido que não há diferença ontológica entre a atividade administrativa e a atividade judicial no que se refere à identificação do conteúdo da norma, havendo diferença meramente quantitativa no que se refere à extensão da competência em correlação com o distanciamento do núcleo semântico das expressões normativas, ou seja, cabe ao Poder Judiciário interferir somente quando a administração excedeu os limites do razoável na construção do sentido das normas, rompendo a linha divisória com a zona de certeza negativa do conceito (hipóteses em que o conceito evidentemente não está presente).

Deve o administrador aproximar-se ao máximo da essência e do sentido da norma, evitando-se ao máximo a arbitrariedade e adotando-se a medida que se mostre adequada diante do caso concreto. É ilícita a opção deliberada pela plena inadequação à norma, ainda que aparentemente abrangida pela discricionariedade<sup>96</sup>.

Para que se mantenha a coesão social, evitando-se que a sociedade se dissolva em anarquia, é necessário que a atuação estatal seja previsível. Evitar a arbitrariedade é apenas um lado da moeda, havendo a necessidade de que a providência administrativa seja substancialmente adequada. Assim, para que haja correção jurídica, o ato do Poder Público deve ser comportado pelo ordenamento, além de estar de acordo com a moral e outras normas sociais<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Tribe, Laurence H. *op. cit.* p. 733.

<sup>95</sup> *Traité de Droit Administratif*. 15<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J., 1.999. pp. 696/697.

<sup>96</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. 03.

<sup>97</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. 04-05.

A expectativa de correção jurídica é um fenômeno cultural e não um conceito empírico, sendo delineada pelo contexto ideológico, razão pela qual erige-se sobre os mesmos fundamentos dos conceitos de racionalidade e discurso racional<sup>98</sup>.

Assim, tanto para justificar a opção discricionária da administração pública como para justificar a decisão jurisdicional que invalide o ato ou deixe de invalidá-lo com fundamento na referida discricionariedade, não basta o argumento de autoridade consistente em invocar a jurisprudência ou doutrinadores consagrados. Impõe-se uma justificação racional da postura adotada. Isto porque, nas democracias ocidentais contemporâneas, os atos do Estado não mais se justificam pelo próprio prestígio deste e de seus agentes<sup>99</sup>.

Neste contexto, o princípio da motivação dos atos da Administração Pública apresenta-se como verdadeiro mandamento de otimização do controle público dos atos do Estado, permitindo um efetivo controle jurisdicional e mesmo uma legitimação harmonizadora, pela racionalidade, da atividade administrativa. A previsibilidade somada à racionalidade trazem como consequência segurança jurídica e pacificação social<sup>100</sup>.

Com efeito, não é possível contestar a validade de um ato se os seus motivos permanecerem ignorados. Segundo a abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

Se isto fosse possível, o ato administrativo apresentar-se-ia como definitivo, com força de verdade legal, tão irrevisível quanto uma decisão judicial transitada em julgado. Ganharia os atributos que só assistem aos pronunciamentos judiciais finais<sup>101</sup>.

Justificação racional no bojo do devido processo legal. Este é, portanto o enfoque que entendemos merecer posição de destaque na dogmática jurídico-constitucional e, de modo geral, na dogmática jurídica. Não devem ser desprezados os postulados dos recentes avanços da filosofia da linguagem e da relação entre direito e semiótica, ferramentas que devem sempre ser conjugadas com constatações do realismo jurídico. Procedimento inspirado pela prudência e por instrumentos de democracia e pluralismo, decisões racionalmente

---

<sup>98</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. 05.

<sup>99</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. 06.

<sup>100</sup> Deve ser consignado, contudo, que a segurança não é um valor absoluto nem o único a ser buscado na aplicação do Direito, que é formada por regras precisas, mas também por princípios. Assim, no centro da tensão entre estabilidade e flexibilidade, a aplicação do Direito deve ser marcada por um compromisso entre previsibilidade e justiça, como proposto por Aleksander Peczenik, lembrado por Aulis Aarnio na obra acima mencionada, p. 07.

<sup>101</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1.998. p. 99.

controláveis com ponderação justificada. Eis o melhor modo para a solução dos problemas deixados pelo positivismo jurídico<sup>102</sup>.

Lembra Dworkin: “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte”<sup>103</sup>. O Direito realmente não pode ser algo tão aleatório e é imperioso construirmos algo no interior da moldura kelseniana. Em seu interior, definitivamente, a decisão não pode ser absolutamente livre.

Grande importância neste processo de construção de sentido têm os já consagrados postulados da interpretação constitucional<sup>104</sup>. Entre eles, destaca-se o da unidade da Constituição, que deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas. Trata-se do dever do intérprete de considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os pontos de tensão existentes entre suas normas. Impõe-se, destarte, que se considerem as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas. Devem elas ser tomadas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de normas e princípios.

Além da unidade, deve o encarregado da concretização constitucional observância ao efeito integrador, ou seja, “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”<sup>105</sup>. Apresenta Canotilho tal postulado como “*tópico argumentativo*”, sustentando que ele “não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos)”. Considera o grande constitucionalista português que o efeito integrador “arranca

---

<sup>102</sup> Pertinente aqui lembrarmos as palavras de Karl Larenz: “A ‘ponderação de bens no caso concreto’ é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do Direito geral de personalidade, ficou em aberto. Do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentença dos tribunais superiores se hão de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a ‘ponderação’ de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua” (Op. cit. p. 587).

<sup>103</sup> Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

<sup>104</sup> Tais parâmetros encontram interessante tratamento em Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2003. pp. 1223/1226.

<sup>105</sup> Canotilho, J.J. Gomes. *Op et loc. cit.*

da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”<sup>106</sup>.

Some-se a estes postulados o da máxima efetividade que, aliás, desperta fundamental interesse quando tratamos do dever de eficiência na concretização constitucional levada a efeito pela Administração Pública, dever com o qual guarda íntima relação.

Não é à toa que Canotilho lembra ser o princípio em questão também denominado “princípio da eficiência”. Fazendo esta observação, explica o autor:

Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)<sup>107</sup>.

O postulado da “justeza” ou da “conformidade funcional” determina que não se altere a repartição de funções constitucionalmente estabelecida. Segundo Canotilho, seu primeiro alcance é esse: “o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke)”. Ressaltando a importância do postulado para as relações do Poder Judiciário com o Poder Executivo e o Poder Legislativo quando da concretização jurisdicional da constituição, observa o mestre, porém, que, atualmente tende a ser considerado “mais como um princípio autónomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição”<sup>108</sup>.

Necessária ainda a concordância prática ou harmonização.

Coordenado com os demais postulados acima referidos, o da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Trata-se de postulado destinado especialmente disciplinar a colisão de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores jurídicos constitucionalmente consagrados.

---

<sup>106</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>107</sup> *Idem, ibidem.*

Trata-se de preservar o igual valor dos bens constitucionais, impedindo que se adote solução que sacrifique uns em relação aos outros. Impõe-se “o estabelecimento de limites condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”<sup>109</sup>.

Por fim, deve ser ressaltado o postulado da força normativa da constituição, segundo o qual, merecem prevalência, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, as soluções que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), “contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”. Em arremate, assevera Canotilho que são dignas de primazia as soluções hermenêuticas que, “compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>109</sup> *Idem, ibidem.* Em continuidade, observa Canotilho: “O princípio da harmonização ou concordância prática implica “ponderações” nem sempre livres de carga política. A existirem essas ponderações, não devem efectuar-se numa única direcção. Por isso é que os autores levantam reticências à consideração do princípio *in dubio pro libertate* como princípio de interpretação (cfr. P. Schneider, “*In dubio pro libertate*”, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, II*, 1960, p. 263; Maihofer, *Bitbürger Gespräche*, 1976, p. 150). Neste sentido, cfr. Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 27; Stern, *Staatsrecht*, p. 123. No plano jurisprudencial cfr. Acs. TC n.ºs 177/92, 113/97, 288/98.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem.* A respeito da ponderação, pertinente aqui prosseguirmos com as lições de Canotilho:

“Quando é que, afinal, se impõe a **ponderação** ou o **balanceamento ad hoc** para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais? Em primeiro lugar, a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser ‘realizadas’ ou ‘otimizadas’ em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional (ex.: art. 38º/2/a da CRP que faz prevalecer os direitos dos jornalistas sobre o poder de orientação da direcção da empresa jornalística). Excluem-se, por conseguinte, *relações de preferência prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor ‘reforçado’ ou até absoluto. Isto implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupo de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, porque, nuns casos, a prevalência pode pender para um lado e, noutros, para outro a do segundo as ponderações ou balanceamentos efectuados *ad hoc*. Finalmente, é indispensável a *justificação* e *motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica. Registe-se, ainda, a observância das regras constitucionais de *competência*, pois o método de *balancing* não pode dissolver os esquemas de competência constitucionalmente definidos.

“As ‘ponderações’ subjacentes ao balanceamento *ad hoc* estão já presentes noutros esquemas hermenêuticos anteriormente referidos. É o caso, por exemplo, da concordância prática e da observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em rigor, porém, deve distinguir-se entre *harmonização* de princípios e *ponderação* de princípios. **Ponderar princípios** significa sopesar a fim se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflituantes. **Harmonizar princípios** equivale a uma contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflituantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um ‘peso’ ou ‘valor’ maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais radica, como se disse, na natureza tendencialmente *princípial* de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*. Neste sentido se pôde afirmar

Empregados estes padrões, já se pode garantir uma maior aproximação dos fins da jurisdição constitucional e restringe-se o âmbito criativo, sendo favorecida a controlabilidade. No entanto, deve ser reiterado que são estes apenas alguns dos parâmetros de racionalidade que devem informar tal atividade, exercendo cada um deles maior ou menor influência diante de cada situação e interagindo todos eles com padrões setoriais de cada tema.

## **Capítulo II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

*II.1. Peculiaridades da dogmática constitucional. II.2. Princípios constitucionais: estrutura lógica. A dogmática jurídico-constitucional como teoria paraconsistente. II.3. Princípios constitucionais: peculiaridades*

---

recentemente que a ponderação ou o *balancing ad hoc* é a forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. A *dimensão de ponderabilidade* dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios”. (*Op. cit.* pp.1240/1241).

## **II.1. Peculiaridades da dogmática constitucional.**

As características da dogmática constitucional acima ressaltadas decorrem da própria natureza do conjunto de normas de que se trata – a Constituição – que apresenta peculiaridades quanto ao seu modo de produção, seus fins, o papel que desempenha no ordenamento e, também, por sua estrutura, que apresenta o acentuado caráter principiológico. Opera-se com conceitos como “dignidade da pessoa humana” ou “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, por exemplo, desempenhando eles importantes funções – no caso destes mencionados, a função é de “fundamentos” da República, condicionando, certamente, a compreensão de qualquer norma por ela produzida. A respeito deste tema, Assevera Zagrebelsky:

En las Constituciones vigentes, los principios de justicia operan de modo distinto porque son numerosos. En lugar de ser como el vector que hace irresistible la fuerza que actúa en su nombre, ponen en escena vectores que se mueven en muchas direcciones y es preciso calcular cada vez ‘la resultante’ de la concurrencia de fuerzas. De nuevo, el resultado constitucional no viene dado, sino que debe ser construido<sup>111</sup>.

Esta característica do constitucionalismo atual, que acrescenta ao panorama acima delineado a incorporação de diversos valores e a disciplina de diversas matérias específicas pelas constituições tem permitido que se afirme sem qualquer exagero que, de certa forma, há uma tendência de aproximação entre os sistemas do “common law” e do “civil law”. Conforme observado por Zagrebelsky<sup>112</sup>, aliás, no direito inglês, em que as origens do parlamento remonta aos conselhos que o rei consultava para melhorar o direito vigente e, portanto, a funções mais jurisdicionais que legislativas – segundo a concepção continental – o *rule of law*, desde o século retrasado vem dando lugar à *sovereignty of Parliament*. Sugere o autor, para o Estado de Direito continental, modelos alternativos baseadas em “concepções não absolutistas da lei”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 5ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2003. p. 96.

<sup>112</sup> *Op. cit.* p. 27.

<sup>113</sup> *Op. et loc. cit.* O mesmo autor, linhas antes, faz afirmação interessante a respeito da diferença entre os dois sistemas em sua origem: “Não há modo mais categórico de indicar a diferença que este: o absolutismo régio foi derrotado, em um caso, como poder régio; em outro, como poder absoluto” (*op. cit.* P. 25). Refere-se a primeira afirmação à tradição europeia continental, e a segunda ao direito inglês.

A idéia clássica de estado de direito, como governo das leis e não dos homens tem sofrido profundas transformações com o Estado Constitucional, a despeito da aparência de que este último seria tão somente um aprimoramento daquele, com a submissão de todas as atividades estatais ao direito, excetuada apenas a constituinte. Hoje é lugar comum o reconhecimento de que a aplicação do direito não se limita a uma atividade exegética, subsuntiva.

Estas mudanças exercem profunda influência na adequada compreensão dos princípios constitucionais da administração pública, especialmente o da legalidade. Apontando a superação da concepção tradicional do princípio da legalidade como liberdade, a princípio, do particular, e poder limitado, a princípio, do Estado, sustenta Zagrebelsky o esvaziamento da função “liberal” da lei, como “regra que disciplina a colisão entre autoridade e liberdade”, afirmando-se um “princípio de autonomia funcional da administração”<sup>114</sup>. O Direito impõe metas a serem atingidas, atribuindo implicitamente os meios para que a Administração atinja tais objetivos.

Cresce a autonomia da Administração, devendo ser diretamente proporcional o crescimento do efetivo controle jurisdicional de sua submissão ao Direito.

Esta autonomia funcional, ou instrumental, como também a denomina o autor em questão, tem limites imprecisos, na mesma medida em que imprecisos são hoje os limites para a determinação do Direito, pelo Poder Judiciário que, no Direito Brasileiro, tem como função típica a jurisdição.

Assim, mais uma vez apresenta-se a elevada relevância da controlabilidade das decisões, administrativas ou jurisdicionais, por meio da argumentação racional. Muito bem ponderou Aarnio: “What is essential is that we remember what was replaced the belief in authorities: the requirement that opinions be justified. The requirement of factual justification has bypassed the belief in power itself”<sup>115</sup>.

Como já afirmado, dividem-se as normas constitucionais (parâmetros de controlabilidade das decisões) – como de modo geral as normas jurídicas – em princípios e regras. Enquanto as regras são aplicáveis ou não a dada situação concreta, os princípios são aplicáveis em diferentes medidas, sendo que princípios contraditórios, diversamente do que ocorre com

---

<sup>114</sup> *Op. cit.* p. 35.

<sup>115</sup> Aarnio, Aulis. *Op. cit.* p. XV.



regras em conflito, não se excluem, apenas impondo a conformação de cada um diante do caso concreto.

Assim, considerando que os diversos valores consagrados pela Constituição podem ser atendidos em diversa medida e as circunstâncias do caso concreto determinarão tal medida após criteriosa ponderação entre os valores em colisão, pode-se dizer que os princípios são mandamentos de otimização, determinando que os valores que consagram sejam atendidos na maior medida possível.

O fato de serem comandos de otimização não exclui o caráter normativo dos princípios, apenas lhes assinala a característica de poderem ser cumpridos “em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas”<sup>116</sup>.

Em seu aspecto semântico, os princípios devem ter seu conteúdo construído nos termos do “Capítulo I”, item “I.3”, supra, que abordou também o aspecto pragmático. Necessárias ainda algumas observações sobre este último o aspecto e ainda sobre o aspecto lógico, devendo ser lembrado que, embora a classificação das normas em princípios e regras não se aplique apenas à constituição, mas a todo o ordenamento jurídico, é de se reconhecer que, com a ampla constitucionalização do Direito, notadamente em nosso ordenamento “é possível afirmar que os principais princípios encontram-se realmente já plasmados na Constituição, apesar de serem reiterados pelas normas infraconstitucionais”<sup>117</sup>.

Ainda nestas observações gerais sobre os princípios constitucionais, devemos lembrar que deles podem ser extraídas regras pelo método dedutivo. No mínimo, todo princípio tem como corolário uma regra que proíbe conduta contrária ao mínimo conteúdo semântico do valor nele abrigado, conteúdo extreme de dúvidas, sobre o qual haja ou se possa supor um consenso. Este consenso varia no tempo e no estaco, dadas as já afirmadas e reiteradas características da linguagem.

Tomemos como exemplo de situação como a referida o julgamento da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros em prol da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2.005, do Conselho Nacional da

---

<sup>116</sup> Bonavides, Paulo. *Curso... cit.* p. 279.

<sup>117</sup> Tavares, André Ramos. *Op. cit.* p. 33.

Justiça, que estabeleceu restrições à contratação de parentes sem concurso no âmbito do Poder Judiciário com o intento de combater o nepotismo.

Em tal julgamento, considerou o Pretório Excelso que os condicionamentos impostos pela resolução foram mera explicitação de normas já contidas na Constituição, “dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade”. Insistiu-se em que “o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”<sup>118</sup>.

Encerrando estas observações introdutórias sobre os princípios constitucionais, não podemos deixar de registrar a crítica de Luís S. Cabral de Moncada:

Não se vê muito bem que a distinção possa basear-se em critérios estruturais atentos, por exemplo, à maior generalidade e indeterminação dos princípios relativamente às regras, que, não obstante, continuam a ser freqüentemente utilizados. Deste ponto de vista, princípios e regras apenas se distinguem quantitativamente, e, além do mais, a distinção dependeria sempre de um elemento aleatório, a vontade do legislador, pois que este pode até certo ponto manipular o alcance lingüístico dos enunciados legislativos sem perda relevante de conteúdo, apresentando-os de uma ou de outra forma<sup>119</sup>.

Assim, a distinção não opera em caráter absoluto, mas apenas em termos aproximativos.

## **II.2. Princípios constitucionais: estrutura lógica. A dogmática jurídico-constitucional como teoria paraconsistente.**

O critério que empregamos aqui para a divisão das normas em princípios e regras não é o da fundamentalidade dos valores por eles consagrados para o sistema, mas sim o da estrutura lógica. Expliquemo-nos. Analisando as normas apenas em seu aspecto formal, deixando de lado seus conteúdos, verificamos que elas podem apresentar estruturas diferentes.

As regras consubstanciam um juízo hipotético condicional que tem como antecedente a previsão de um fato – em uma acepção ampla, incluindo atos, omissões, situações, etc. – e no conseqüente uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos modalizada por um dos operadores da lógica modal deôntica, ou seja, proibição, permissão ou obrigatoriedade.

---

<sup>118</sup> Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC-MC 12 / DF – Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 16.02.06. Publicação: D. J. 01.09.2006. p. 00015.

Ambos são ligados pelo operador “dever-ser”. Assim, tem-se a estrutura:  $H \rightarrow {}_sR(o_v p_v v)_s$ . Desde que verificada, no mundo fenomênico, a hipótese “H”, *deve ser* a relação entre os sujeitos “s” e “s” em que “s” tem uma obrigação (“o”), uma permissão (“p”) ou uma proibição (“v”) em relação a “s”.

Os princípios não têm esta estrutura. Veiculados por expressões imprecisas, têm seu âmbito de incidência dificilmente identificável e as conseqüências de eventual conduta a eles contrária somente podem ser conhecidas diante de cada situação concreta após a ponderação envolvendo todos os princípios com certa intersecção em seu antecedente.

Lembremos brevemente algumas noções básicas sobre a lógica das normas para que possamos dar um enquadramento mais satisfatório aos princípios sob este aspecto.

A lógica pode ser considerada como ramo da matemática ou teoria abstrata da argumentação, mais especificamente, teoria da inferência válida. Neste caso, é denominada lógica aplicada e serve a outras ciências.

A lógica clássica tem como cerne o cálculo de predicados, lidando com apenas dois valores: verdadeiro e falso. Assim, fornece instrumental para a avaliação das relações entre proposições (aqui entendidas como juízos hipotéticos) em torno de tais valores.

Os desenvolvimentos posteriores, tornaram possível o surgimento de lógicas mais sofisticadas e, especialmente a partir da valiosa obra de Georg Henrik von Wright<sup>120</sup>, desenvolveu-se a chamada lógica deôntica, ou lógica modal deôntica que avalia as relações entre proposições normativas modalizadas com os operadores *proibido*, *permitido* e *obrigatório*, como já visto.

A lógica modal deôntica tem sido empregada em larga escala para o estudo do Direito. Um avanço, contudo, mostra-se necessário, mormente se considerada já afirmada e reafirmada predominância dos princípios no Direito atual.

Segundo Cristina Queiroz, lembrando Wendell Holmes, “não é a lógica que está na base dos princípios jurídicos e das directivas constitucionais”, mas sim “as considerações de política e proveito social”. Deve-se buscar, segundo os autores em questão, “um equilíbrio ou ponderação entre os interesses sociais em jogo”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> *Apud* Tavares, André Ramos. *Op. cit.* p. 36.

<sup>120</sup> Edição consultada: *Norm and action – A logical enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul, 1.971.

<sup>121</sup> Queiroz, Cristina. *Op. cit.* p. 142.

Percebe-se facilmente que a noção de lógica que ensejou tais afirmações é a até aqui apresentada. Os desenvolvimentos da lógica, contudo, têm contornado esta incompatibilidade com a ponderação entre interesses sociais em conformidade com considerações políticas.

Com efeito, depois de mais de dois milênios sem alterações significativas, a lógica experimentou complexo desenvolvimento em velocidade vertiginosa, surgindo os sistemas lógicos complementares da lógica clássica – como as lógicas modal, temporal, deôntica e infinitária – e aquelas apontadas como rivais da lógica tradicional, derrogando algumas de suas leis centrais.

Tais lógicas heterodoxas podem ser divididas em quatro classes: as paraconsistentes, as paracompletas, as não-aléticas e as não reflexivas<sup>122</sup>.

Diz-se consistente uma teoria que não possua teoremas contraditórios. Caso contrário, é inconsistente a teoria. Se todas as proposições de sua linguagem puderem ser demonstradas por um processo lógico-clássico, ou seja, forem teoremas seus, a teoria será trivial.

Uma teoria é *paraconsistente* se for inconsistente e não trivial, ou seja, se abranger teoremas contraditórios, bem como proposições que não sejam teoremas seus.

Percebe-se com facilidade o quanto o Direito e, mais especificamente, o Direito Constitucional, segundo a concepção que aqui defendemos, se aproxima de tal definição.

Lógica paraconsistente é aquela que pode funcionar como lógica subjacente de teorias paraconsistentes.

Em semânticas compatíveis com a lógica paraconsistente podem ser simultaneamente verdadeiras uma sentença e sua negação, sendo necessária a derrogação da lei da não contradição. Como já dito, mostra-se de grande conveniência a aplicação de uma tal lógica à dogmática jurídico-constitucional, mormente se considerado o tema da colisão de princípios.

Já paracompleta é a lógica que derroga, em semântica compatível, a lei do terceiro excluído.

Já advertira Newton C. A. da Costa:

É provável que as lógicas não-aléticas, por serem simultaneamente paraconsistentes e paracompletas, encontrem papel saliente na ética, no

---

<sup>122</sup> Cf. Costa, Newton C. A. da. *O conhecimento Científico*. São Paulo: Discurso Editorial, 1.997. pp. 80/81.

direito e na informática. Os códigos éticos e jurídicos são geralmente inconsistentes e incompletos (em certa acepção), o que faz com que suas lógicas efetivas sejam candidatas naturais à classe de não-aléticas. A lógica, pois, encontra-se intimamente ligada à inferência em geral ou à inferência em determinados campos do saber. Nas palavras de Quine, a lógica constitui como que ‘denominador comum das ciências particulares’<sup>123</sup>.

Contudo, para os fins deste trabalho e, de uma maneira geral, ao menos neste momento em que os estudos da lógica jurídica são ainda incipientes na doutrina pátria e em sua maior parte levando em consideração a lógica modal deôntica, entendemos conveniente limitarmo-nos ao emprego de uma lógica deôntica paraconsistente, mas não paracompleta, pois, embora haja a possibilidade de proposições contraditórias em seu sistema, permanecemos diante de dois valores: validade e invalidade, pertinência ou impertinência ao sistema. Incide, portanto, a lei do terceiro excluído.

Situa-se a paraconsistência em outra dimensão, oferecendo à lógica correspondente o instrumental necessário para a aferição de tais valores.

Tratando do tema, Fábio Romeu de Carvalho observa que as decisões em que interferem um número muito grande de fatores são normalmente tomadas com base apenas em alguns dados, catalogados de maneira esparsa e não metodológica, somados a opções subjetivas, sendo imperiosa a criação de uma metodologia baseada em critérios lógicos. Na esteira do acima exposto, observa o autor: “uma lógica clássica bivalorada, de cunho aristotélico, que trabalha com o SIM ou o NÃO absolutos, às vezes não é a mais adequada para o tratamento do problema de auxílio nessas tomadas de decisão”<sup>124</sup>.

Valendo-se do quadro unitário de plano cartesiano – representação gráfica da “região fechada  $[0,1] \times [0,1]$  do plano cartesiano”<sup>125</sup> –, o autor em questão propõe um modelo para a tomada de decisões administrativas em uma universidade. Dada a elevada semelhança de situações, entendemos perfeitamente possível a adaptação do raciocínio ali desenvolvido à ponderação de princípios constitucionais que, diante de uma dada situação concreta, mostrem-se contraditórios.

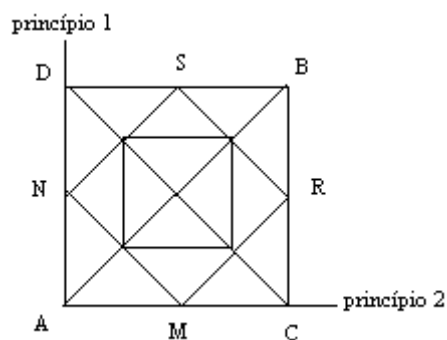
Considere-se o gráfico seguinte:

---

<sup>123</sup> *Op. cit.* p. 90.

<sup>124</sup> *Lógica paraconsistente aplicada em tomadas de decisão – uma abordagem para a administração de universidades*. São Paulo: Aleph, 2.002. p. 14.

<sup>125</sup> *Op. cit.* p. 27.



As retas que delimitam o gráfico indicam, em grau crescente, a presença de razões para que se considere preponderante cada um dos princípios. A zona ANM é a de maior indeterminação e a região SBR, a de maior inconsistência. O quadrado NSRM representa região de elevada indeterminabilidade e inconsistência, sendo, assim como as demais citadas, desfavorável à tomada de decisões. Esta característica avulta quando nos dirigimos para o centro do quadrado e é muito marcante no quadrado central do gráfico.

As zonas favoráveis à tomada de decisão são as zonas DNS e MCR, em que há boa determinabilidade e menor inconsistência.

A argumentação encarrega-se de situar a decisão em uma destas zonas é missão que fica a cargo da argumentação que, além dos parâmetros já tratados acima, conta, destarte, com balizamento lógico.

Assim, a lógica paraconsistente que, ao invés de repelir, trabalha as contradições, procurando reduzi-las ao grau mínimo possível, com a máxima satisfação dos valores em conflito ajusta-se perfeitamente à dogmática jurídico-constitucional, evitando que se negue o caráter lógico da atividade de ponderação.

### **II.3. Princípios constitucionais: peculiaridades pragmáticas.**

A dimensão semântica dos signos não é auto-suficiente, nada diz por si só. No que se refere à concretização constitucional, imperioso que se focalize os fins que dirigem as tomadas de decisão e o caráter procedimental da concretização de normas. Desta premissa, conclui Canotilho que:

(1) a decisão dos “casos” não seja uma “paráfrase” do texto da norma, pois que o texto possui sempre uma dimensão comunicativa (pragmática) que é inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões lingüísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados (neste sentido falam também as correntes hermenêuticas do efeito criador da “pré-compreensão”); (2) o texto da norma aponta para um *referente*, o que quer dizer constituir o texto um sinal lingüístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto<sup>126</sup>.

Neste diapasão, deve ser ressaltado o perfil social de nossa Lei Maior, o que ocasiona uma nova perspectiva da própria função do Direito, não mais mero instrumento de manutenção de uma determinada ordem política, mas com função promocional. São positivados direitos sociais e suas garantias, judicializados tais direitos com notável desenvolvimento dos mecanismos de tutela judicial, etc<sup>127</sup>.

Como muito bem ponderado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, não cabe mais ao Juiz apenas dizer qual a norma que pode dirimir conflito individual, de direito privado *intra partes*. Também não se limita a jurisdição à afirmação do direito à indenização diante de um serviço mal prestado pelo Estado. “Agora, precisa o Judiciário preencher o conteúdo das normas”, lembra, ressaltando o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação<sup>128</sup>.

Numa perspectiva pragmática, a racionalidade não se esteia em formas ou em conteúdos, mas no “tratamento correlacional e regrado de questões e solução de questões”, para usarmos a expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Canotilho, J.J. Gomes. *Op. cit.* p. 1219.

<sup>127</sup> Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo:Max Limonad, 2.000. p. 97.

<sup>128</sup> *Op. cit.* p. 98.

<sup>129</sup> “A regra que permite o questionamento é, na verdade, corolário da que exige a prova, a regra do dever de prova. Esta é vista, assim, como centro lógico e ético da discussão racional. Lógico, porque, sem ela, não há fundamentação, nem ordem nos fundamentos. Ético, porque a racionalidade é também uma exigência de racionalidade. Daí uma relação possível entre o irracional e o arbitrário, entre o racional e o legítimo (usando-se a palavra legítimo num sentido amplo de regulado). Não que não possa haver fundamentos arbitrários num discurso racional. A decisão de um árbitro que decide contra toda coerência e mesmo contra protesto estupefacto daqueles que o escolheram como tal, pode ser racional, ainda que proclame como fundamento do seu decidir o absurdo das suas próprias razões (decido assim, porque não há outro fundamento senão o meu próprio decidir): a racionalidade repousaria aí, por exemplo, numa regra absoluta de competência. Sem esta possibilidade, teríamos, por exemplo, de taxar de irracional o discurso do soberano, v.g., nos moldes de Austin. É claro que, com isto, não estaríamos a dizer que tudo é racional, que uma decisão do tipo ‘todo aquele que nascer judeu está condenado à morte’ (Hitler) seja também racional. Se é verdade que a racionalidade não está nos fins propostos da alçai (racionalidade dos fins), nem na correlação de fins e meio (coerência da ação), nem por isso deixa de haver um traço divisório entre razão e irrazão. A visão pragmática da racionalidade nos permite dizer que esta não se localiza nem em ‘formas’ (invariáveis, essenciais), nem em ‘matérias’ (variáveis, contingentes), nem na sua manipulação, nem mesmo em ‘premissas’ que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso da discussão, mas no tratamento correlacional e regrado de questões e solução de questões. A condenação dos

Nestes termos, a racionalidade do discurso encontra-se em sua submissão à regra que impõe o dever de prova, que impõe o *onus probandi* ao orador. Por sua vez, o *onus probandi* submete-se a outras regras. “Estas regras são regras da situação comunicativa e não *para* ela. Isto é, surgem *na* situação comunicativa e não fora dela. Falar racionalmente é obedecer a essas regras”, conforme observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que acrescenta:

Esta obediência é controlada pelo ouvinte, de tal modo que quem fala está obrigado a provar o que diz, na medida da exigência crítica do ouvinte. Esta exigência crítica, em princípio, é ilimitada, mas, na prática, ela se exerce limitadamente. Isto porque a crítica ilimitada leva ou à paralisação do discurso ou à inversão do *onus probandi* (o orador pode, por exemplo, por em questão as próprias questões do ouvinte, caso em que o orador passa a ouvinte e o ouvinte a orador). Ao contrário, um discurso irracional é aquele que não respeita o dever de prova, que não segue as regras de fundamentação, introduzindo regras estranhas à situação comunicativa, procurando desqualificar o comportamento crítico do ouvinte<sup>130</sup>.

Continuamos a tratar, neste tópico, das condições que uma decisão baseada em um princípio constitucional – mais especificamente o princípio da eficiência ao qual tudo o quanto até aqui visto deverá ser aplicado – a deve preencher para cumprir seu dever de racionalidade e pertencer ao sistema dinâmico de produção de normas no contexto do devido processo legal. Como já afirmado, atribuímos o enfoque primordial à linguagem com função retórica e não descritiva. Referimo-nos a função no sentido proposto por Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Por função entendemos não o efeito buscado pelo ato de falar, mas um sinal que representa uma ligação entre duas (ou mais) posições”. Prossegue o mestre asseverando que as funções pragmáticas do discurso referem-se à relação generalizada possível entre orador e ouvinte, não se confundindo com aquilo que se busca ou com a finalidade procurada. Falamos, destarte, sob o ponto de vista do orador, em “função *sintomática*”, pois todo discurso expressa sentimentos, posições, modos de entender, em termos de uma “relação do emissor *para* o receptor (um discurso é sintomático *para* alguém, *para* outrem, *para* si mesmo)”. Já sob o ponto de vista do ouvinte, ainda na esteira das preciosas lições de Tércio Sampaio Ferraz

---

judeus é irracional porque, embora ela seja aparentemente possível, graças a uma regra absoluta de competência (por vontade de Fuehrer), na verdade ela está ‘sustentada’ por uma regra que afirma ou, melhor, que transforma uma aporia num axioma: não há soberania sem obediência (a aporia está no caráter reflexivo e infinito da regra: o soberano *obedece* suas próprias normas), sem perceber que, ao fazê-lo, está, na verdade, impondo uma regra à situação que não passa nem pode passar pelo mútuo entendimento, sendo posta de fora, e que foge ao dever de prova: a regra que afirma que não há regra. Esta regra não constitui discurso fundamentante, ao contrário, elimina a sua possibilidade, pois permite às partes apenas dois comportamentos: ou não falar, o que torna a relação comunicativa indeterminável, ou falar qualquer coisa, caso em que há discurso, mas não pode ser nem sustentado nem contestado” (*Teoria da norma jurídica- Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa- 4ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 18/19).

<sup>130</sup> *Op. cit.* p. 20.



Júnior, uma função de *sinal* caracteriza o discurso, significando esta afirmação que “ele desperta no ouvinte uma reação – uma modificação ou manutenção no seu modo de pensar, falar, ser, etc. –, em termos de uma relação que vai da posição *do receptor para a do emissor*”. Considerado como referencial o objeto do discurso, podemos falar em “função estimativa do discurso” em razão da relação de convergência dos comportamentos sintomáticos e de sinal sobre o a própria questão, que se apresenta, assim, como duvidosa, inteligente, boa, má, etc<sup>131</sup>.

Assim, a tópica é método que oferece um bom instrumental para esta árdua tarefa e, a respeito, entendemos imprescindível trazer à colação as elucidativas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

*Topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão. Assim, por exemplo, na moderna teoria jurídica da interpretação das leis em oposição ao princípio da interpretação literal, pode ser visto como um dos *topos* da hermenêutica atual. No câo do direito, os *topoi* aparecem, inclusive, no próprio texto legal como, por exemplo, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Tanto a noção de “fins sociais”, quanto a de “bem comum” são, do ponto de vista da pragmática, noções tópicas que, no caso, *devem*, orientar o discurso aplicativo da lei. A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas.

Outros *topoi* da argumentação jurídica são a imparcialidade do juiz, a noção de interesse, a noção de boa fé, a presunção de inocência, até prova em contrário, etc.

A dialogicidade, porém, não esgota a estrutura do discurso do ângulo pragmático. Pois é possível que, a partir da regra do dever de prova, colocar, de antemão, como regra básica do discurso a disposição, segundo a qual nem todos os atos de falar do orador possam ser atacados. Segue-se uma segunda regra pela qual os mesmo atos são divididos em dois grupos opostos: os atacáveis e os não-atacáveis ou os defensáveis e os não-defensáveis. Daí uma terceira, que propõe que, se o ato for defensável, não poderá ser posto em questão, se for atacável, não poderá ser proposto. Neste caso, denominamos a estrutura de monológica. A monologicidade, como se vê, ao contrário da dialogicidade, pressupõe o princípio lógico do terceiro excluído, pois os atos de falar São, de princípio, ou atacáveis ou inatacáveis, excluída uma terceira possibilidade.

Estas regras estabelecem típicas relações entre os componentes do discurso, ou seja, entre orador, ouvinte e objeto. O orador, garantido pelas regras, pode de colocar num segundo plano, pois, desde que não proponha atos de falar atacáveis, torna-se cambiável, não sendo responsável pessoalmente, pois as fundamentações decorrem do que foi assumido como defensável. Isso faz dele mero proponente. Assim, uma demonstração matemática, não importa quem a faça, é válida dentro dos quadros de coerência. O discurso, portanto,

---

<sup>131</sup> *Op. cit.* pp. 21/22.

não é sintoma pessoal, mas há a possibilidade de generalização e universalização. Do mesmo modo, quanto à função de sinal, o ouvinte torna-se passivo, um espectador que assiste ao espetáculo, sem interferir nele, a não ser para acompanhar a coerência das operações. Por isso, quanto à função estimativa, o objeto do discurso revela-se como um *certum*, isto é, uma questão cuja reflexividade está interrompida, cujas alternativas são redutíveis a duas possibilidades contraditórias: sim ou não, verdadeiro ou falso, 0 ou 1, etc. não sendo reflexivo, o monólogo se desenvolve apenas numa direção: para frente, a partir da *quaestio certa*, ao contrário do diálogo, que se desenvolve para frente e para trás, na forma de questões sobre questões, etc. o discurso monológico, tendo um ponto de partida certo, admite axiomatização. O dialógico, sendo tópico, é sempre aberto e não axiomatizável, e como os *topoi* são fórmulas presas à situação comunicativa, o discurso dialógico experimenta certa historicidade. Contudo, propriamente dita, não é a estrutura dialógica, mas as estratégias do diálogo, enquanto orientadas por *topoi*, é que são históricas<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> *Op. cit.* pp. 23-25. A respeito, pontifica Perelman:

“Uma noção característica de todas as teorias da argumentação, já analisadas por Aristóteles, é a do *lugar-comum*. O lugar-comum é, antes de tudo, um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa máxima que o orador utilizará em seu esforço de persuasão. Os lugares-comuns são, em relação ao pensamento não especializado, o que são os lugares específicos em relação a uma disciplina particular. Se os princípios gerais do direito nada mais são do que os lugares específicos do direito, afirmações de ordem muito geral, como as que Aristóteles analisou nos *Tópicos*, e que analisamos no *Tratado da argumentação* (§§ 21 a 25), fornecem os princípios iniciais a um pensamento não especializado. Opusemos os lugares da quantidade (“é superior o que é mais útil ao maior número, o que é mais duradouro”) aos lugares da qualidade (“é superior o que é único, incomparável, o que é raro e difícil”), examinamos os lugares da ordem (“o que causa é superior ao que é apenas efeito”), da superioridade do que existe sobre o que é apenas possível etc.

“Os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo aos dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos. Mas diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambigüidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplicá-los de modos diversos. É assim que um reflexão sobre a liberdade pode partir de um lugar-comum tal como a “liberdade vale mais do que a escravidão”. Mesmo tratando-se de uma banalidade, ela pode ainda assim, pela reinterpretação das noções de liberdade e de escravidão, resultar numa filosofia original, como a de Spinoza. Mas não é porque se está de acordo sobre as teses gerais (“é preciso procurar o bem e evitar o mal”, “não se deve infligir sofrimentos inúteis”) que se estará de acordo sobre os lugares-comuns, como o acordo sobre os fatos e os valores, de modo algum garante o acordo sobre sua aplicação concreta e, portanto, sobre as conclusões a que chegaremos”. (Perelman, Chaïm. *Lógica jurídica – Nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 159/160).

Também sobre a tópica, afirma Larenz:

O livro de VIEHWEG suscitou um interesse pouco habitual. Não pode, efectivamente, negar-se que os juristas argumentam, por várias vias, “topicamente”, por exemplo nas audiências de discussão e julgamento. Os argumentos ou “tópicos” que utilizam têm, porém, pesos distintos. Não são pura e simplesmente invocados e alinhados entre si, mas possuem um valor posicional específico e cobram significados sempre em certo e determinado contexto. Mesmo quando se argumenta de um modo muito próximo a um argumentar “topicamente”, no sentido de que determinados “tópicos” são utilizados na discussão, postos à prova seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação da fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de “tópicos”, não se alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia se não pudesse oferecer mais que isso (*op. cit.* p. 204).

Importante distinguir na norma o aspecto relato, que é a informação transmitida, do aspecto cometimento, que é uma informação sobre a informação, ou seja, diz como a informação transmitida deve ser entendida<sup>133</sup>.

Partindo da consideração de que normas jurídicas são decisões, garantias que certas decisões serão tomadas, ressalta Tércio Sampaio Ferraz Jr. que elas estabelecem controles, ou seja, “pré-decisões”, que têm como função determinar outras decisões. Embora isto não signifique uma redução da norma à norma processual, “o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo”. Adiante, assevera o mestre que “a norma sempre cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais as alternativas decisórias que devem ser escolhidas”, concluindo:

O objeto do discurso normativo, ou seja, o objeto da situação comunicativa olhado do ângulo do comunicador normativo, não é propriamente o conjunto das alternativas, mas a decisão que, diante delas, deve ser tomada. Ou seja, no exemplo, são as decisões: só prender em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade, comunicar ao juiz a prisão ou detenção, relaxar a prisão ilegal. Temos, pois, dois ângulos distintos: as alternativas conflitivas (ser preso ou não, legalmente ou não), objeto do discurso dos comunicadores sociais, e o objeto do discurso do comunicador normativo, que também constitui um conflito, diferente do outro, na medida em que considera um conflito sobre o conflito, que requer decisão sobre a decisão, assim, o objeto da norma, sua questão conflitiva, não é apenas “ser preso ou não ser preso”, “legalmente ou ilegalmente”, mas também “só prender em flagrante ou por ordem escrita: decisão obrigatória ou proibida ou permitida/ou indiferente/ou facultativa/etc.” na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão a ser tomada- pré-decisão- mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado- informação sobre informação. Respectivamente, temos o relato, e o cometimento do discurso normativo, que, no seu conjunto, formam o objeto (*quaestio*) do discurso normativo<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Op. cit.* p. 48.

<sup>134</sup> *Op. cit.* pp. 49/50. Acrescenta adiante o mestre:

“O sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos). Como sistema *a se*, ele conhece uma relação típica-complementaridade é considerada retro-alimentação negativa (mantém o sistema), toda reação que leva à simetria é retro-alimentação positiva (leva a um rompimento do sistema). O resultado do funcionamento do sistema é impedir a continuação de conflitos, pondo-lhes um fim. Este resultado, como dissemos, não é determinado por condições iniciais do sistema (norma fundamental), mas pelo *parâmetro* do sistema, isto é, sua organização atual (e não sua origem). Os sistemas normativos são sistemas *globais* e *não-somáticos*. Isto é, são todos coesos, onde a variação numa parte afeta o todo e vice-versa; por isso, eles são não-normativos, isto é, o sistema tem qualidades que não resultam da soma das qualidades das suas partes. Esta qualidade do sistema é sua imperatividade. Isto explica que a validade de uma norma se apóie em outra norma, que a imuniza, até a hipótese de normas-origens que, *em si* não são válidas nem inválidas (porque são origem e não têm outra norma que as valide), mas que podem ser efetivas ou inefetivas, concluindo-se com Capella que o critério de validade da norma que regula o ato de sua edição (normas origens não são autoválidas). Mas, em eu repousa a efetividade? Como determina-la? Esta é, em última análise, a questão da imperatividade do sistema. A imperatividade, neste sentido, calibra a relação entre validade e efetividade. Dentro de um mesmo corpo

## II.4. Princípios Gerais do Direito, sobreprincípios e postulados interpretativos.

Referindo-se aos valores como “direito natural de conteúdo democrático”, Luís S. Cabral de Moncada, citado por André Ramos Tavares, aduz que sua apreensão não pode prescindir do conhecimento histórico das normas jurídicas positivadas das quais recebem concretização. Diz o autor que “Os valores são obviamente anteriores às normas positivas, apenas sucedendo que são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em causa, transformando-o em regras deontológicas de conduta”<sup>135</sup>.

A respeito, observa André Ramos Tavares:

Os valores, juridicamente falando, ora se apresentam como autênticas normas, inseridas no próprio Texto Constitucional, ora servem como diretrizes interpretativas – o que significa dizer que as demais normas devem ser interpretadas consoante os valores plasmados nas normas constitucionais<sup>136</sup>.

---

normativo, há muitas normas-origens, que são normas efetivas, dando origem a cadeias válidas. O problema de quais normas-origens são “mantidas” no sistema depende, não da efetividade do sistema como um todo, mas da sua calibração, isto é, da sua imperatividade. Como a imperatividade é uma relação entre cometimentos, que usa de uma linguagem analógica e, pois, antitética, não surpreende que os sistemas normativos sejam dotados, como dissemos, de uma curiosa “lógica”, um universo de crises e reconciliação onde a coerência, às vezes, parece incoerência. Podemos entender, nestes termos, que o mesmo “sistema” normativo albergue diversos subsistemas, cujas normas-origens não são nem válidas nem inválidas, e, ao mesmo tempo, sejam, no seu relacionamento, inválidas, uma perante as outras.

“Explica-se, com isto, que a *invalidade* não seja uma figura “anormal”, nem um fenômeno marginal, mas uma resposta “coerente”, dentro de uma situação. Por sua vez, esta possibilidade lança uma luz diferente sobre a questão da relação entre validade e efetividade. Se se pode manter a regra, segundo a qual a validade de uma norma não depende da sua efetividade e vice-versa, é possível reconhecer que a inefetividade da norma derivada afeta a efetividade da norma-origem no sentido de que o sistema, globalmente, modifica a sua regulamentação chegando até o clímax de uma nova situação ou novo estado. Esta modificação na regulamentação ou no sentido obrigatório do sistema normativo pode ocorrer pela reinterpretação de norma-origem ou pela edição de uma norma uma nova norma-origem que revogue ou derogue a anterior, ou pelo recurso a uma ação drástica, exterior ao sistema, que implanta novo ciclo de validades, com o aparecimento de novo-sistema. No exemplo de oficiais e soldados, a norma *a* (ordem de um soldado oficial), inválida perante a norma *b* do regulamento militar, mas, diante das normas *a1*, *a2*, *a3*, *an*, nem válida nem inválida, afeta, com sua invalidade relativa (ao regulamento militar) a efetividade da norma *b*, que proíbe que soldados dêem ordem aos oficiais. Esta afecção se faz sentir na modificação da regulamentação do sistema, por exemplo, pelo aparecimento de uma norma que anistie os insubordinados ou por uma reinterpretação da norma *b* do regulamento militar no sentido de incorporar novas situações, no conteúdo normativo, para que este expresse “melhor” sua efetividade ou pela mudança drástica e global de todo o regulamento, estabelecendo nova situação.

“Podemos assim entender que a invalidade seja outra figura normativa e a norma inválida não seja não-norma”. (*op. cit.* pp. 141/143).

<sup>135</sup> Apud Tavares, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios* in *Dos Princípios Constitucionais*. Leite. George Salomão. Org. São Paulo: Malheiros, 2.003. p. 23.

<sup>136</sup> *Op. cit.* p. 24.

A adequada identificação dos valores subjacentes ao ordenamento constitucional permite a formulação de um conceito democrático de princípios gerais de Direito. Estes, conforme o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, “encontram-se na Constituição, bem como servem de fundamento às demais áreas de nosso ordenamento jurídico. Estão presentes, portanto, em todo o sistema, como seu fundamento último de legitimidade”<sup>137</sup>.

Apresentando a concepção de Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares observa que os princípios gerais de Direito devem ser extraídos da própria constituição, mas diferenciando-se dos princípios constitucionais por sua subsidiariedade:

(...) Isso é, se se pretende manter a idéia de princípios gerais do Direito com aquela carga ideológica própria da fase positivista, será imperioso assinalar aos princípios constitucionais regime jurídico próprio, totalmente diverso. Consoante esse entendimento, os princípios gerais de Direito seriam princípios infraconstitucionais, além de serem de aplicação subsidiária<sup>138</sup>.

Tavares apresenta, contudo, um outro significado possível para “princípios gerais de Direito” em uma classificação dos princípios consagrados na constituição entre “princípios constitucionais gerais” e “meros princípios constitucionais”. Lembra o mestre que a doutrina tem buscado identificar princípios “mais expansivos e mais relevantes para o Direito considerado como um todo”, diferenciando-os de princípios setoriais<sup>139</sup>.

Prosseguindo no estudo dos princípios constitucionais, uma outra questão se coloca. No conflito entre duas regras, a incidência de uma delas é afastada pela aplicação dos critérios previstos pelo ordenamento para a solução de antinomias. Solução diversa deve ser adotada na hipótese de colisão de princípios.

Em primeiro lugar, deve ser observado que, sendo as regras “concreções dos princípios, especificações regulatórias destes”, não existem conflitos entre princípios e regras. O que ocorre é a colisão de princípios que servem de supedâneo a regras (expressas ou implícitas) em conflito. A prevalência de um deles, diante da situação concreta, acarreta o afastamento da regra que dá concreção ao princípio sucumbente<sup>140</sup>.

Lembra, contudo, André Ramos Tavares:

---

<sup>137</sup> Hermenêutica e interpretação constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso bastos Editor, 2.002. p. 218.

<sup>138</sup> *Op. cit.* p. 29.

<sup>139</sup> *Op. cit.* p. 32.

<sup>140</sup> Ruy Samuel Espíndola, parafraseado em Tavares, André Ramos. *Op. cit.* p. 36.

há de se admitir que os princípios constitucionais possam ser excepcionados, pelo constituinte originário, o que ocorrerá, evidentemente, por meio da elaboração de uma regra oposta ao princípio em apreço, sem que esta regra esteja necessariamente conectada a algum outro princípio constitucional que, por aplicação dessa regra, seja automaticamente invocado.

Poder-se-á concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário<sup>141</sup>.

Presente uma colisão de princípios, como podemos chegar a uma decisão? Diversas propostas têm sido formuladas em doutrina, tendo como principal amparo as teorias referentes à argumentação jurídica.

Regra positiva não há, o que abre espaço para soluções tópicas decorrentes do amplo debate que atualmente ocupa o meio acadêmico.

Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso apresentam a sistematização de “três parâmetros elementares de controle da argumentação, que, a despeito de sua simplicidade, serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada”<sup>142</sup>.

Em primeiro lugar, devem ser apresentados fundamentos normativos (explícitos ou implícitos no ordenamento), pois “A argumentação jurídica deve preservar seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral”. Assim, “ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas”. O segundo parâmetro apresentado refere-se à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão, e o terceiro parâmetro é formado por dois conjuntos de princípios: “princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional” e “princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional”. Dizem os autores em questão:

Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão

---

<sup>141</sup> *Op. cit.* pp. 36/37.

<sup>142</sup> *A nova interpretação constitucional dos princípios* in *Dos Princípios Constitucionais*. Leite. George Salomão. Org. São Paulo: Malheiros, 2.003. pp. 122/127.

intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais<sup>143</sup>.

Note-se que a relação entre os princípios instrumentais e os princípios materiais, é de superposição, não atuando eles lado a lado, ou seja, os princípios instrumentais são metanormas, normas de segundo grau, que têm como objeto a disciplina da relação entre uma categoria de normas que se encontra em um plano inferior de linguagem.

Assim, para evitar confusão e facilitar a exposição, entendemos conveniente adotar a denominação proposta por Humberto Ávila, que fala em princípios e postulados<sup>144</sup>.

Os postulados não impõem a busca de realização de valores na maior medida possível, mas estabelece como esta busca deve ser realizada, apontando as situações em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Assim, referindo-se a alguns exemplos de postulados, afirma Ávila: “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da **eficiência**, por exemplo”<sup>145</sup>. Adverte, contudo o autor que o fato de serem normas de segundo grau não deve levar à confusão com os sobreprincípios, que fundamentam a aplicação de outras normas, inclusive princípios, como é o caso do princípio do Estado de Direito e do devido processo legal<sup>146</sup>. Os chamados sobreprincípios, além de servirem de fundamento formal e material para a criação e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, “situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras”<sup>147</sup>.

Caberia agora a indagação: os postulados são princípios ou regras? Concordamos com Humberto Ávila:

Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas. Isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de

---

<sup>143</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>144</sup> *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.006. 121/165.

<sup>145</sup> *Op. cit.* p. 122. Grifamos.

<sup>146</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>147</sup> *Op. cit.* pp. 122/123.

promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados<sup>148</sup>.

Contudo, como facilmente se percebe, prestigiando a proximidade semântica com os textos mais difundidos na dogmática pertinente, empregamos por vezes a expressão “princípio” com referência a verdadeiros postulados. Evidentemente, quando assim agimos, estamos empregando tal expressão em sentido amplo apenas em favor, reiteramos, da homogeneidade terminológica que nos permite a aproximação e o estabelecimento de relações com relevantes textos sobre o tema.

### **Capítulo III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

*III.1. Administração pública. III.2. Disciplina constitucional da administração pública. III.3. A administração pública atual e seu regime jurídico. III.4. Princípios constitucionais da administração pública.*

#### **III.1. Administração pública.**

Já vimos acima a distinção das normas constitucionais entre regras, princípios e postulados interpretativos. Estas duas últimas categorias são encontradas entre os valores consagrados, de modo expresso ou implícito, na Constituição da República sob a denominação de “princípios” que devem reger a “administração pública”.

---

<sup>148</sup> *Op. cit.* p. 123.



A expressão administração pública aqui não se refere a órgãos ou instituições estatais específicas, mas a uma das funções do Estado que, classificadas de acordo com um critério material, podem ser divididas em legislação, administração e jurisdição. Embora a administração seja, no Brasil, função típica do Poder Executivo, trata-se de função também desempenhada extraordinariamente pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

Partimos da definição proposta com a costumeira maestria por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário<sup>149</sup>.

Verifica-se na referida disciplina constitucional da administração pública uma acentuada preocupação com a transparência e a probidade, com o fim de coibir favoritismos e perseguições no exercício de tal função, protegendo o patrimônio e a moralidade pública da corrupção que tem-se demonstrado um dos mais graves problemas brasileiros, além de representar grave golpe ao princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), fundamento da República.

Com efeito, o Estado que se desvirtua pelo tratamento desigual dos seres humanos que lhe servem de suporte é conseqüentemente incapaz de cumprir quaisquer metas eleitas pela Lei Maior, especialmente a de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) cujo valor supremo só pode ser a dignidade daqueles que são a razão de ser do Estado e a quem se destina sua ação em todos os aspectos.

Com esta preocupação, ou seja, de construção de um estado “honesto”, apto a cumprir os objetivos que lhe justificam a existência, estabeleceu a Constituição rigorosa disciplina concentrada, em sua maior parte, no Capítulo VII e consubstanciada também em diversos dispositivos ao longo do texto, permeando-o com uma visão contemporânea de Estado, livre dos desmandos que, ainda hoje – no âmbito empírico – corroem suas bases.

---

<sup>149</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2.005. p. 36.

Estas características devem ser sempre consideradas quando houver choque entre princípios constitucionais da administração pública e outros princípios constitucionais, não podendo ser olvidada a lição de Canotilho:

### **Posições jurídicas constitucionais e posições jurídicas legais**

Um outro problema de especial dificuldade na dogmática dos direitos fundamentais é o de determinar quando as “posições jurídicas” garantidas (direitos subjectivos, prestações, procedimentos) ao indivíduo são posições alicerçadas autónoma e imediatamente nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais- **posições jurídicas constitucionais**- ou posições estruturadas com base em normas legais-**posições jurídicas legais**. As primeiras são posições intermediatas, derivadas da constituição, independentemente da lei; as segundas caracterizam-se por serem posições subjectivas, dependentes do direito legal.

Nalguns casos, as posições jurídicas fundamentais têm uma primeira dimensão concretizadora na Constituição (ex.: art. 68º/3 - as mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez... incluindo a dispensa de trabalho por período adequado), mas é a lei que fixa concretamente os termos precisos do exercício do direito(ex.: L 4/84, de 5/4, art. 9º., que fixa em três meses o período de licença maternidade). A “posição jurídica originária” (da Constituição) é completada por uma “posição jurídica derivada” (da lei), colocando-se o problema de saber (designadamente para efeitos da “proibição de retrocesso”) se esta “posição derivada” pode ser livremente manipulada pelo legislador depois de ela estar estabelecida. Noutros casos, a “posição jurídica”, embora tenha o “fundamento” num direito fundamental, alicerça-se autonomamente na lei (ex.: o direito dos trabalhadores à manutenção da categoria profissional nos termos do Decreto-Lei nº 49408, de 24-11, arts. 21º/1/d e 23º). Trata-se, aqui, de posições jurídicas legais. Finalmente, as posições jurídicas são exclusivamente constitucionais quando constituídas, de forma directa, pelas normas consagradoras de direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer regulação legal, mesmo que esta exista para “concretizar” essa posição (ex.: art. 26º/1-o direito à cidadania implica o direito à renúncia à cidadania portuguesa, embora exista uma lei - Lei nº 37/81, de 3-10, art. 8º- a regular esse direito de renúncia).

### **Posições jurídicas e deveres de entidades públicas**

Algumas normas constitucionais consagram **deveres** de entidades públicas susceptíveis de serem regulados por lei e estreitamente associados ao próprio exercício dos direitos fundamentais (exs.: art. 205º/1, dever de fundamentação das tribunais; art. 266º/2, dever de actuação dos órgãos e agentes administrativos com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade; art. 268º/3, dever de fundamentação dos actos administrativos lesivos de direitos, liberdades e garantias).

Trata-se de **deveres não relacionais** a que não correspondem direitos subjectivos por parte dos cidadãos. Problema diferente é o de saber se estes deveres constitucionais considerados como “pressupostos” de direitos, liberdades e garantias (ou direitos de natureza análoga) são susceptíveis de serem ainda incluídos no âmbito de protecção desses direitos. Rigorosamente, além de se tratar de deveres não relacionais, eles podem ter uma *extensão e intensão* diferente da dos direitos, liberdade e garantias que com eles estão intimamente relacionados (ex.: o dever de fundamentação de decisões dos tribunais ultrapassa a dimensão subjectiva do “direito de acesso

dos tribunais dos tribunais” e do “direito a uma decisão materialmente fundada”; o dever de fundamentação dos actos administrativos não é apenas um “instrumento” – ou, se preferir –, uma dimensão do recurso contencioso). Todavia, se estes deveres não se “transmutam” em direitos e se podem ser regulados pelo legislador com ampla margem de liberdade, eles não se divorciam totalmente de algumas dimensões subjectivas dos direitos, liberdades e garantias (ex.: do direito de acesso aos tribunais, do direito de conhecimento das resoluções definitivas sobre procedimentos a correr perante a administração em que o particular seja directamente interessado, do direito de recurso contencioso)<sup>150</sup>.

Sem olvidarmos que existem em nosso sistema constitucional alguns princípios que desempenham função nuclear e orientam a aplicação de todos os demais princípios, como o do Estado Democrático de Direito, o da dignidade humana e o do devido processo legal, podemos afirmar que a pedra de toque do regime constitucional da administração pública no Brasil é o *caput* do art. 37 da Lei Maior, que preceitua:

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

Percebe-se que o dispositivo emprega os conceitos de administração pública como *função* e como *sujeito*, duas das principais acepções tratadas pela doutrina, que devem ser compreendidas adequadamente para evitar confusão quando das menções a ambas.

Importa-nos o conceito objetivo, a noção de administração pública como função administrativa, uma vez que, segundo o conceito subjetivo, Administração Pública é quem (pessoa, órgão ou agente) exerce tal função.

A atividade administrativa muitas vezes recebe definição negativa como atividade do Estado que não caracterize legislação nem jurisdição. No rol de atividades não legislativas e não jurisdicionais do Estado, a doutrina tradicional já apresentava separadamente uma função administrativa em sentido estrito e uma atividade de governo<sup>151</sup>, noção que paulatinamente vai se reforçando.

Guido Falzone, referindo-se ao direito positivo italiano, aponta como características da atividade de administração pública o fim de interesse público e o poder de emanar atos unilaterais juridicamente obrigatórios para terceiros, mesmo nos casos em que este poder é

---

<sup>150</sup> *Direito Constitucional...* cit. p. 1266/1268.

<sup>151</sup> Falzone, Guido. *Il Doveri di Buona Amministrazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1953. p. 12.

negado à generalidade das pessoas<sup>152</sup>, características estas que são compatíveis com nosso ordenamento jurídico.

Assim, pode-se identificar uma categoria de atividades estatais às quais incidem as normas pertinentes à administração pública: atividades não legislativas ou jurisdicionais, com fim de interesse público (que, aliás incide sobre toda atividade estatal), com a possibilidade de prática de atos unilaterais juridicamente obrigatórios para terceiros.

Resta acrescentar que se trata de atividade sublegal, infralegal, de expedir *comandos complementares* à lei, na feliz expressão de Renato Alessi, lembrada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>153</sup>.

Não há unanimidade quanto à origem do vocábulo *administração*. Na esteira da lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que “Para uns, vem de **ad** (preposição) mais **ministro, as, are** (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de **ad manus trahere**, que envolve a idéia de direção ou gestão”<sup>154</sup>.

Ambas as hipóteses gravitam em torno da noção de **relação de administração** apresentada por Ruy Cirne Lima:

À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade<sup>155</sup>.

Diferenciando relação de administração e atividade de administração, explica o mestre que a primeira é caracterizada pela proteção da finalidade a que se propõe a atividade de administração contra o próprio agente e contra terceiros. Assim, no direito privado, verifica-se no instituto do mandato atividade de administração, mas não relação de administração, pois o mandante ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem seu procurador contratou, ainda que este contrarie suas instruções, se não exceder os limites do mandato.

---

<sup>152</sup> Falzone, Guido. *Op. cit.* p. 17.

<sup>153</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2.005. p. 89.

<sup>154</sup> *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2.005. p. 53.

<sup>155</sup> Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987. pp. 51-52.

Observe-se que a relação de administração não é exclusividade do Direito Público, manifestando-se também no direito privado, por exemplo, na administração dos bens dos filhos, tutelados ou curatelados.

Após expor estas noções, conclui Cirne Lima:

Conquanto relação de administração e direito subjetivo sejam noções igualmente aceitas ao Direito Administrativo, base última da construção sistemática de nossa disciplina não é a noção de direito subjetivo, senão a de relação de administração. Os elementos estruturais da relação jurídica (pessoas, bens e atos), ainda que ambivalentes, são, no Direito Administrativo, conformados e adaptados primariamente à ordem que, pela relação de administração, se estabelece<sup>156</sup>.

O conceito de função não é exclusivo do Direito Público, sendo uma noção de teoria geral do Direito<sup>157</sup>. Tanto no campo do Direito Público como no do Direito Privado, àquele que é investido de uma função, para seu desenvolvimento e a persecução do fim a ela inerente, o ordenamento jurídico atribui certos poderes. No Direito Público e na respectiva dogmática, o termo *poder* é polissêmico, referindo-se ora à função fundamental do Estado, ora o conjunto de órgãos exclusivamente ou primordialmente investido das atividades próprias de tal função, sendo mais adequado seu emprego para designar o *poder jurídico*, ou seja, a capacidade de agir, de produzir determinado efeito jurídico<sup>158</sup>.

A respeito, aduz Guido Falzone:

Gli elementi che unificano tali diverse figure giuridiche rendendo possibile la riduzione delle stesse ad un concetto unitario sono, essenzialmente: la titolarità del potere di azione che inerisce al soggetto agente, che vale a differenziare il titolare di una funzione dalla figura del rappresentante, e più ancora l'alienità dell'interesse oggetto dell'azione medesima, nonché il particolare atteggiamento di tale interesse, la speciale configurazione che lo stesso assume, in quanto viene a rivestire una importanza oltre che individuale, anche sociale<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> *Op. cit.* pp. 52-55.

<sup>157</sup> Falzone, Guido. *Op. cit.* pp. 21-22.

<sup>158</sup> Falzone, Guido. *Op. cit.* pp. 36-37.

<sup>159</sup> *Op. cit.* p. 23.

A seguir, complementa: “A caratterizzare la funzione però riteniamo che non sia sufficiente l’alienità dell’interesse perseguito, è necessario ancora, come già accennato, che questo interesse da soddisfare sia un interesse di natura sociale”<sup>160</sup>.

Estas noções conformam a idéia de administração pública como função, exercendo relevante influência na compreensão do conjunto de princípios constitucionais de que passamos agora a nos aproximar.

### **III.2. Disciplina constitucional da administração pública.**

Diferentemente de constituições pretéritas e de muitas constituições estrangeiras, mas em consonância com o constitucionalismo contemporâneo, nossa Carta Magna trouxe detalhada disciplina da administração pública, com princípios e regras, previsão de valores fundamentais e tratamento pormenorizado de dadas situações.

Interessam-nos, por ora, os princípios, devendo ser esclarecido que não se limitam àqueles previstos expressamente no *caput* do art. 37, devendo ser extraídos também das demais normas contidas no Capítulo VII do Título III da Constituição e ainda de outras que se situam fora deste compartimento.

Como normas jurídicas, os princípios constitucionais tem o condão de direcionar condutas através de comandos ligados pelo vínculo deôntico “dever ser” ao surgimento de relações moduladas pelos operadores *obrigatório*, *permitido* e *proibido*. Alguns deles, contudo, que denominamos postulados, não incidem diretamente sobre fatos, mas sim sobre outros princípios, promovendo sua acomodação harmônica.

### **III.3. A administração pública atual e seu regime jurídico.**

É inegável a existência de uma certa mudança de paradigmas no regime jurídico da administração pública, que passa, paulatinamente, a atribuir local de destaque à busca de resultados efetivos. Bernard Abate assevera: “l’administration n’est plus tenue par une

---

<sup>160</sup> *Op. cit.* p. 24.

obligation de moyens (ouvrir un guichet, implanter un depot), mais par une obligation de résultats”<sup>161</sup>, concluindo:

(...) Le nouveau mode de gestion, que nous voyons peu à peu émerger, repose sur la définition des resultats attendus em termes d’objectifs mesurables et sur la delegation aux gestionnaires d’une responsabilité plus globale du choix des actons et des ressources utilisées, à charge pour eux d’atteindre les resultants avec la meilleure économie de moyens<sup>162</sup>.

Segundo o autor em tela, “On passe d’une *gestion réglementaire et bureaucratique axée sur le droit administratif et les moyens*, à une gestion des performances axée sur les contrats et les resultats”<sup>163</sup>.

A prévia distribuição de competências e o exercício contínuo de uma atividade vinculada a regras oficiais são características fundamentais do Estado burocrático típico da modernidade<sup>164</sup>. Sobre estas bases, construiu-se rigorosa disciplina administrativa para a observância da impessoalidade, entre outros valores. O modelo burocrático, contudo, experimentou diversas distorções, especialmente no Brasil, influenciado pelo tradicionalismo patrimonialista, com aviltamento da racionalidade a ele inerente.

Os problemas empíricos geraram uma confusão generalizada no âmbito teórico, passando a ser quase um *topos* a ineficiência do modelo burocrático, que deveria ceder espaço ao modelo gerencial, trazido da administração privada.

Raymundo Faoro, lembrado por Emerson Gabardo, adverte:

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, próprio ao Estado e à empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar as técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos<sup>165</sup>.

O autoritarismo exacerbado, o excesso de formalismo, o clientelismo, o nepotismo, entre outros vícios levam à autonomização autofágica do modelo. Contudo, é um salto lógico considerável negar o modelo em razão de mazelas verificadas em uma malfadada aplicação

---

<sup>161</sup> *La nouvelle gestion publique*. Paris: L.G.D.J., 2.000. p. 29.

<sup>162</sup> *Op. Cit.* p. 31.

<sup>163</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>164</sup> Conforme Weber, lembrado em Gabardo, Eduardo. *Op. cit.* p. 33.

<sup>165</sup> *Apud* Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 35.

prática. Ademais, o surgimento do “estamento burocrático” não deve ser imputada ao Estado Social do século XX, mas à “era liberal burguesa” do século XIX”<sup>166</sup>.

A força histórica do tradicionalismo e a presença marcante do liberalismo no século XIX, impediram uma sustentação suficiente para a burocracia na esfera das mentalidades. Afinal, “séculos de legítima apropriação privada da esfera pública não se desfazem com algumas décadas de transformação paradigmática. Principalmente quando, na prática, a burocracia não consegue realizar-se”<sup>167</sup>.

Ao modelo burocrático tem-se oposto o gerencialismo, que substitui a legitimação pelo procedimento – assegurador da legalidade e da impessoalidade – pela legitimação pelo resultado – com suposta garantia de eficiência. A adoção de padrões da administração privada na administração pública é traço marcante do gerencialismo. Ao lado dele, opondo-se ao modelo burocrático, encontram-se a escola da “Public Choice”, caracterizada pela interpretação econômica dos mecanismos de gestão e a teoria do “agente-principal”, que visa à maior aproximação entre Estado e sociedade.

A Escola da “Public Choice” traz noções que gravitam em torno da idéia de liberalismo, individualismo e competição, enquanto a teoria do “agente-principal” preconiza a intervenção e o controle, com maiores preocupações meta-mercadológicas.

Sobre uma base teórica construída com idéias das três correntes, com alguma preponderância do gerencialismo, erigiu-se, no Brasil, o modelo denominado “gerencial”, com a adoção do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado”<sup>168</sup>.

Cecília V. de Aragão, lembrada por Emerson Gabardo, aponta, como características básicas do gerencialismo puro, também conhecido como “neotaylorismo”, as seguintes:

1. orientação para clientes e resultados;
2. flexibilidade;
3. competitividade administrada;
4. descentralização;
5. atuação do Estado e não sua ausência completa (como no neoliberalismo puro);
6. adoção de técnicas de administração privada com vistas à efficientização do sistema;
7. Estruturas horizontalizadas;
8. instituição das agências reguladoras independentes;
9. relações administrativas firmadas por contrato de gestão<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Conforme asseverado por Hobsbawn, lembrado em Gabardo, Emerson. *Op. et loc. cit.*

<sup>167</sup> *Op. cit.* p. 44.

<sup>168</sup> Cf. Gabardo, Emerson. *Op. cit.* pp. 44/46.

<sup>169</sup> *Op. cit.* pp. 46/47



A três correntes de que trata têm em comum o compromisso pragmático com resultados, atribuindo-se menor importância aos meios e aos pressupostos abstratos, o que, atribuindo-lhes grande fluidez cultural, os favorece na pretensão de superação de uma considerável tradição jurídica que gerou o regime jurídico-administrativo, do qual a ascensão ao nível constitucional é frequentemente alvo de críticas.

Chega-se, por vezes, ao extremo de se caminhar, aparentemente, rumo à autonomia da vontade, idéia incompatível com a administração pública, como já observado acima com supedâneo nas preciosas lições de Cirne Lima.

Os entusiastas das inovações neoliberais na administração pública baseiam-se no aparente sucesso de técnicas de administração gerencial na iniciativa privada. Entre elas, podem-se mencionar os “programas de qualidade total”, com a finalidade de satisfazer completamente o cliente, promover contínua melhoria dos produtos e serviços oferecidos e otimizar a força de trabalho. Sua grande estratégia é o “Método Deming”, com influências teóricas do pragmatismo conceitualista (teoria filosófica da moda nos Estados Unidos da América na década de 1930), além da teoria geral dos sistemas e das teorias estatísticas de Shewhart. O gerenciamento para a qualidade total tem como principal tática a motivação, consistente, basicamente na partilha de ganhos (incompatível com a administração pública)<sup>170</sup>.

Eduardo Gabardo lembra a existência de uma vertente diferenciada do gerencialismo, referindo-se ao relatório de Lord Nolan, apresentado ao Parlamento Britânico pelo Primeiro-Ministro em maio de 1.995. Ali houve a preocupação com a previsão de parâmetros éticos para os agentes públicos, de conteúdo essencialmente ligado ao modelo burocrático, embora em convivência com valores pragmatistas, estes em condição de prevalência. “Os sete princípios da vida pública”, previstos em tal documento seriam “interesse público”, “integridade”, “objetividade”, “*accountability*” (responsabilidade e prestação de contas), “transparência”, “honestidade” e “liderança”<sup>171</sup>.

Infelizmente, no entanto, como bem ponderado pelo referido autor, o Plano idealizado por Luiz Carlos Bresser Pereira “tem influência direta dos aspectos mais marcantes da

---

<sup>170</sup> Cf. Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 51.

<sup>171</sup> Cf. Gabardo, Emerson. *Op. cit.* pp. 54/55.

mentalidade pragmatista, cuja prática confere muito mais ênfase à privatização do que à ‘boa conduta pública’<sup>172</sup>.

Por fim, deve ser acentuada a observação do mesmo autor a respeito de um grande paradoxo do neoliberalismo. Diz Gabardo, com apoio em Katie Argüello, que Weber temia que a burocracia extrapolasse o “âmbito da eficiência técnico administrativa”, para converter-se em “aparato de determinação dos fins estatais” e conclui: “Ora, isto é exatamente o que vem ocorrendo a partir do modelo neoliberal, concretizado na forma do gerencialismo”<sup>173</sup>. Além disso, o propalado descentralismo gerencial esconde perigoso aspecto concentrador no âmbito político, sem se falar no econômico.

A adoção, em caráter absoluto, de um modelo ou outro é desfavorável à adequada concretização constitucional e incompatível com a essência de nossa Lei Maior. Todas estas considerações devem ser tomadas em conta, contudo, por ser sempre necessário o cotejo entre o sistema constitucional positivo e os demais sistemas que com ele se relacionam. Como bem assevera Cristina Queiroz,

Se o direito, e em especial o direito constitucional, vê condicionada a sua eficácia pelas relações sociais concretas, a interpretação não poderá ignorá-las. Terá de apreciar esses condicionamentos e pô-los em relação com o conteúdo normativo do preceito constitucional. A normatividade social, que encontra sua expressão em numerosos princípios jurídicos modifica-se no fluxo imperceptível do quotidiano, operando-se uma lenta evolução das normas, podendo ocorrer que o sentido destas, apesar de o texto permanecer inalterado, sofra uma revolução completa, enquanto na consciência dos membros da comunidade se mantém a continuidade do direito<sup>174</sup>.

Reiteramos que, com o devido respeito aos diversos entendimentos já expostos na escassa, mas valiosa doutrina a respeito do princípio em questão, não nos parece de inteiro acerto vinculá-lo inteiramente a um ou outro modelo. Os tempos são novos e os paradigmas ao redor dos quais gravitam as inovações em todos os ramos do Direito de difícil determinação.

Como já dito, não se podem negar, de outra banda, as transformações econômicas, pois na falta de acoplamento adequado entre Direito e Economia, esta “praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados

---

<sup>172</sup> *Op. cit.* p. 55.

<sup>173</sup> *Op. cit.* p. 36.

<sup>174</sup> *Op. cit.* p. 111.

negros, conforme adverte Gunther Teubner, colacionado por Alexandre Santos de Aragão<sup>175</sup>.  
prossigue Teubner:

Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, *nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade (...)* Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a hetero-referência, ele *pode utilizar acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances*<sup>176</sup>.

Em arremate, conclui Alexandre Santos de Aragão que “Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação intersistêmica”<sup>177</sup>.

Estas ponderações não se aplicam apenas às relações do subsistema jurídico com o econômico, mas às relações entre aquele e todos os demais subsistemas do sistema social.

Talvez o ideal seja conciliar a legitimação das decisões jurídicas pelo devido processo legal e pelo efetivo alcance dos resultados práticos desejados pela ordem, constitucional, sendo de se ressaltar que a liberação de formalismos do “burocratismo atávico” em favor de uma “regulação” com base nos princípios da segurança econômica” é decorrência inafastável das transformações econômicas da atualidade, assim como a aplicação do “princípio de solidariedade ou de distribuição de ônus, a desmonopolização e as regras do mercado responsável”, como bem lembra Roberto Dromi<sup>178</sup>.

Reiteramos e reforçamos, no entanto, a convicção de que não é tão evidente o pretendido deslocamento do regime jurídico da administração pública do modelo burocrático, núcleo dos ordenamentos de inspiração francesa, para o modelo anglo-saxão de gerencialismo, flexibilização generalizada e grande influência do direito privado.

---

<sup>175</sup> *Op. cit.* pp. 05/06.

<sup>176</sup> *Apud* Aragão, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 06.

<sup>177</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>178</sup> *Op. cit.* p. 320.

Em interessante estudo, Spyridon Flogaitis demonstra indicativos justamente do contrário, de que países do *common law* caminham em direção ao modelo francês de direito administrativo<sup>179</sup>.

Aponta o autor mudanças legislativas na Nova Zelândia, Austrália e no Canadá, afirmando ser comum que as grandes transformações no sistema sejam experimentadas em tais países antes que na ex-metrópole, cujo conservadorismo é característica marcante:

Cette discussion ne peut qu'à peine être ouverte puisqu'effectivement les pas les plus décisifs sont, pour le moment, faits en dehors de l'Angleterre. C'est peut être une pratique habituelle d'un pays conservateur comme l'Angleterre de préférer exporter aussi souvent que possible toute réforme en Nouvelle Zélande, en Australie ou au Canada pour une expérimentation sans risques. Ceci rend parfois la législation de ces pays plus avancée ou plus progressiste que celle de l'ex-métropole<sup>180</sup>.

Assim, em tais países, foram criados, nos tribunais superiores, divisões administrativas e até mesmo tribunais e conselhos administrativos, como o “Administrative Appeals Tribunal” e o “Administrative Review Council” criados na Austrália pelo “Administrative Appeals Tribunal Act de 1975”, além da previsão de institutos como o “application for judicial review” do Canadá, com similares nos demais países, que possibilita o questionamento específico de atos administrativos. Além disso, aponta o autor a consolidação de um direito administrativo jurisprudencial.

Devemos lembrar que, para os franceses, é característica fundamental do regime jurídico-administrativo a existência de uma jurisdição própria, que aplica as normas específicas de tal ramo do Direito.

O fato é que, seja com a criação de órgãos próprios de controle, seja com a construção jurisprudencial de regime jurídico de Direito Público aproximado do sistema francês, traz o autor em questão relevante dado indicando o movimento inverso do constantemente propalado especialmente nas duas últimas décadas. Evidentemente tal movimento não teve duração tão efêmera de maneira que já pudesse ter sido substituído pelo movimento oposto e, considerada a complexidade envolvida pelo tema, não é difícil e, ao contrário, parece ser o mais razoável considerar que ambos os movimentos convivem em meio a inúmeras outras transformações que, dadas as características da “pós-modernidade”, podem ser representadas

---

<sup>179</sup> *Administrative law et Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986. pp. 120/136.

por vetores apontando nos mais diversos sentidos e cuja acomodação adequada somente se dê diante de casos, aspectos, enfoques, sendo cada vez menos seguro fazer afirmações peremptórias como “a administração pública hoje avança em direção ao gerencialismo”.

O que podemos dizer é que hoje a disciplina jurídica da administração pública preserva as premissas da modernidade, que lhe asseguraram autonomia, mas incorpora elementos que lhe traçam nova compostura<sup>181</sup>.

Assim, o Direito Administrativo atual é informado por um conjunto, ainda incipiente e dificilmente sistematizável, de idéias, valores e padrões insuscetíveis de localização precisa no tempo e no espaço. Cabe a seus cultores o estabelecimento de cortes metodológicos adaptados à realidade atual, sem apego excessivo a noções que se tornam anacrônicas, mas também sem o deslumbramento com o novo pelo simples fato de sê-lo.

Como já afirmado, o surgimento do *estado constitucional* ocasionou profundas alterações na concepção tradicional do *estado de direito*, não sendo mais suficientes as contribuições positivistas a respeito dos princípios constitucionais da administração pública.

É necessário que se formule um sistema mais compatível com a natureza das normas constitucionais que traçam a disciplina fundamental da administração pública, pois, como assevera Cristina Queiroz:

A Constituição não é uma lei como as outras. Utiliza conceitos como ‘povo’, ‘democracia’, ‘separação de poderes’, ‘regular funcionamento das instituições democráticas’ ‘partidos políticos’, etc. que constantemente reenviam para o mundo da política. O que se pergunta é em que medida a Constituição representa uma ordem dada ao operador jurídico e em que medida resulta numa ordem elaborada por este? Isso requer, no limite, uma interpretação construtiva que tenha em conta não apenas a ‘justificação interna’ do raciocínio jurídico, mas ainda a sua ‘justificação externa’, isto é, genericamente, a sua ‘aceitabilidade racional’<sup>182</sup>.

Todos estes aspectos exercem profunda influência na adequada compreensão dos princípios constitucionais da administração pública, especialmente no que diz respeito ao da legalidade. Apontando a superação da concepção tradicional do princípio da legalidade como liberdade, a princípio, do particular, e poder limitado, a princípio, do Estado, sustenta Zagrebelsky o esvaziamento da função “liberal” da lei, como “regra que disciplina a colisão entre autoridade

---

<sup>180</sup> Op. cit. pp. 122/123.

<sup>181</sup> Dromi, Roberto. *op. cit.* p. 30.

<sup>182</sup> *Op. cit.* p. 136.

e liberdade”, afirmando-se um “princípio de autonomia funcional da administração”<sup>183</sup>. O Direito impõe metas a serem atingidas, atribuindo implicitamente os meios para que a Administração atinja de tais objetivos.

Evidentemente não pretendemos sustentar uma concepção de legalidade que a desnature. É evidente que a legalidade é garantia da liberdade ou, mais propriamente, da efetivação dos direitos fundamentais. O que afirmamos é que sua observância não decorre de mera verificação da subsunção entre comandos legais e medidas adotadas, sendo muitas vezes substituído o método da subsunção, próprio das regras, pelo da ponderação, próprio dos princípios.

É corrente dizer-se que o Direito Administrativo estabelece a linha divisória entre o poder da Administração e a liberdade dos administrados, mudando de feição conforme se trate de estado mais ou menos liberal. No entanto, com o surgimento das chamadas liberdades positivas, ou seja, das normas que impõem deveres a serem cumpridos pelo Estado para que se caminhe em direção a uma igualdade material, passa paulatinamente a Administração a ter a incumbência de intermediar o conflito entre a liberdade formal e a liberdade material.

Cresce a autonomia da Administração, devendo ser diretamente proporcional o crescimento do efetivo controle jurisdicional de sua submissão ao Direito.

Esta autonomia funcional, ou instrumental, como também a denomina o autor em questão, tem limites imprecisos, na mesma medida em que imprecisos são hoje os limites para a determinação do direito, pelo Poder Judiciário que, no direito brasileiro, tem como função típica a jurisdição.

A divisão orgânica do poder do Estado tem sofrido profundas alterações, merecendo revisão as noções tradicionais a respeito da teoria da “separação dos poderes”. A administração tem assumido funções diversas das tradicionais, ao mesmo passo em que abandona algumas destas.

Passam a permear os estudos do Direito Administrativo as noções de planejamento, políticas públicas, regulação<sup>184</sup>, entre outras, ao mesmo tempo em que o ato administrativo vai deixando de ser o centro das atenções, dando lugar à idéia de procedimento ou processo.

---

<sup>183</sup> *Op. cit.* p. 35.

Desta maneira, assume destacada posição o Poder Judiciário que, como aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não tem mais na atualidade o papel de mera “boca da lei”, passando a controlar mesmo a legitimidade dos atos do Governo e das leis em razão do caráter relativamente “aberto” das constituições, com grande quantidade de princípios. O referido controle de legitimidade tem como fundamentos os princípios constitucionais, como finalidade assegurar a concretização dos direitos fundamentais e como limites as disposições contidas nas regras<sup>185</sup>.

Por pertinentes, trazemos à colação as palavras de Zagrebelsky:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada em favor de uma instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y em paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba y se presuponía que era en si misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad<sup>186</sup>.

Adverte o autor, contudo, que se trata de uma concepção de Estado que está em construção, devendo ser rejeitadas conclusões precipitadas que, ao invés de buscar compreender em que exatamente poderia consistir a mencionada unificação em torno da constituição, se limitem a simplesmente substituir a soberania concreta de um monarca ou de um parlamento por uma soberania abstrata da constituição.

Este perigoso raciocínio pode levar à equivocada idéia de substituição da vontade de entes democraticamente legitimados para opções políticas primárias por aquele que, com ou sem legitimidade democrática, detém a função jurisdicional, pois é quem, em última análise, dará concreção aos comandos constitucionais.

Uma outra razão apresentada por Zagrebelsky para as mutações sofridas pelo princípio da legalidade com as transformações do estado contemporâneo é o fato de que cada vez mais a lei deixa de representar, necessariamente, a expressão pacífica e coerente dos interesses gerais

---

<sup>184</sup> A regulação vai tomando o espaço da atuação direta do Estado como prestador de serviços, ensejada esta no Brasil quando do advento da teoria da imprevisão, “que forçava a revisão de tarifas no caso de prejuízo do concessionário, mas que não propiciava a repartição com o Estado no caso de lucro excessivo”, conforme observação de Marcos Juruena Villela Souto trazida em Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 42.

<sup>185</sup> *Tendências do Direito Constitucional Contemporâneo in Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2.005, p. 939.

<sup>186</sup> *Op. cit.* p. 40.

da sociedade, mas “É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares”<sup>187</sup>.

Linhas após, acrescenta o autor que a ampla “contratualização” da lei enseja uma situação em que, cada vez mais, a maioria legislativa com identidade político-partidária é substituída por variáveis “*coalisões legislativas de interesses*” com postulações pontuais<sup>188</sup>.

Neste contexto, cresce a importância do estudo dos métodos ou técnicas a serem empregados na atividade judicial de controle da Administração Pública, ou seja, na atividade de “dizer” o Direito Administrativo. Esta foi a razão de termos enfatizado as características atuais da dogmática constitucional na parte inicial deste trabalho.

Voltando à discussão sobre as mudanças na disciplina jurídica da administração pública, ao embate entre burocracia e modelo gerencial, o que não se pode negar é que os padrões inerentes ao Estado burocrático, com a necessidade de rigor organizacional, de procedimentalização voltada à impessoalidade, da qual são decorrências, entre outras, a obrigatoriedade dos concursos públicos e das licitações, têm um marcante caráter moralizador.

Não é menos verdade serem especialmente graves os danos decorrentes do excesso de formalismo. O excesso, portanto, é que deve ser combatido, não o modelo em si, pois a padronização dos procedimentos administrativos, favorecendo o controle de legalidade, é importante freio à arbitrariedade. Impensável a democracia sem tal padronização.

A burocracia torna-se, assim, instrumento da democracia, mormente se observados os comandos constitucionais que impõem a conformação de um estado plural, com o máximo possível de participação popular em todos os procedimentos do Poder Público.

Alimentado por um discurso auto-legitimador, o modelo gerencial que a ela se opõe ocasiona a fragmentação do Estado e o enfraquecimento dos valores ligados à idéia de função administrativa em prol de novidades direcionadas à autonomia da vontade. Atende-se a conveniências e não a princípios estabelecidos<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> *Op. cit.* p. 38.

<sup>188</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>189</sup> Luciano Parejo Alfonso, citado em Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 61.



#### **III.4. Princípios constitucionais da administração pública.**

Como já afirmado, a Constituição da República trouxe, para a Administração Pública, uma disciplina rigorosa com o fim de assegurar que seus agentes busquem, com lisura, os fins que lhe justificam, sendo consagrados diversos princípios expressos e implícitos para tal desiderato. Expressamente, o art. 37, *caput*, refere-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Estes, somados aos princípios implícitos, atribuem à Administração Pública regime compatível com a relação jurídica específica que a caracteriza.

Trata-se de conceito particular de relação jurídica apenas aparentemente incompatível com a idéia tradicional de poder do sujeito de direito sobre uma coisa, uma abstenção ou um fato esperados de terceiro, não sendo necessária a formulação de uma nova teoria das relações jurídicas.

Como esclarece Cirne Lima, trata-se de um “relacionamento jurídico, no qual se suponha, ao sujeito ativo, um dever, ao invés de um poder, sobrepondo-se-lhe à autonomia da vontade, o vínculo de uma finalidade cogente”. Contudo, esclarece adiante que, em essência, não há diferença com a noção tradicional, pois

O que se denomina ‘poder’ na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar, autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites desta mesma relação. Limite-se ainda mais esta liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente, e a relação se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais.

Assim, o grande mestre conclui, como já mencionado, que a relação de administração é a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, ressaltando que, “na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”<sup>190</sup>.

Os princípios constitucionais da Administração Pública, destarte, são o conjunto de mandamentos de otimização dos valores fundamentais sobre os quais se erigiu, no Brasil, a disciplina constitucional de tal função do Estado.

Nos apoiamos, neste tema, no sistema proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo. Ali, entendemos que há o tratamento mais satisfatório encontrado na doutrina para o assunto.

Evidentemente, por estarmos trabalhando com um enfoque diverso – a identificação dos princípios segundo sua estrutura lógica –, algumas adaptações se impõem. Além disso, no que se refere ao princípio da legalidade, entendemos relevante lembrar que, como argutamente observado por Zagrebelsky, cada vez mais a lei não representa mais necessariamente a expressão pacífica e coerente dos interesses gerais da sociedade, mas “Es, por el contrario, un acto personalizado (em el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares”<sup>191</sup>.

Linhas após, acrescenta o autor que

La amplia ‘contractualización’ de la ley, de la que ya se ha hablado, da lugar a una situación em la que la mayoría legislativa política es sustituida cada vez com más frecuencia, por cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante sistemas de *do ut des*<sup>192</sup>.

Segundo a doutrina de Esser, lembrada por Karl Larenz, não apenas onde a lei deixa de se pronunciar ou nos casos de cláusulas gerais, norma em branco ou a remissão a “standards”, a jurisprudência constitui o Direito vigente, embora o faça “à luz de princípios não codificados e com vinculação (controlada apenas pelos próprios tribunais) a critérios extra-legais, mas em todo caso ‘objectivos’”, entendidos estes como “critérios convencionais de base empírica e densidade variáveis”.

Expondo a visão de Esser, afirma Larenz:

Toda a “aplicação” da lei é já uma interpretação e o achamento do Direito não é “nunca mero trabalho de subsunção”. Não existe nenhuma distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia. A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. O “preenchimento de lacunas e a interpretação ‘integradora’ não são tarefas acessórias de criação do Direito por parte do juiz, mas coincidem com carácter reprodutivo geral da interpretação, o qual não é pensável sem um quadro, uma representação de princípios, que possibilita a integração daquilo que é díspar num sistema”. Do que decorre aliás que “não existe uma ‘aplicação’ do Direito, tomada no sentido tradicional”. Toda interpretação

---

<sup>190</sup> Lima, Ruy Cirne. *op. cit.* pp. 51-52.

<sup>191</sup> *Op. cit.* p. 38.

<sup>192</sup> *Op. et loc. cit.*

representa uma articulação entre *lex scripta jus nom scriptum* que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva (*law in action*).

ESSER não foi o primeiro a notar que toda interpretação requer intervenção espiritual activa e que seu resultado, o texto entendido em determinado sentido, corporiza algo de novo face ao ponto de partida, o texto “tal como se encontra na lei”. Deve-se perguntar, porém, se ESSER não subvalora em excesso o significado do texto e com ele a participação do legislador na *law in action*, ao sublinhar repetidamente que o que é na realidade do Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (ou seja, na terminologia de ESSER: a actividade decisória dos tribunais). A questão está em saber como se esta se prende com o texto legal. Indaga-o no sentido de achar a solução do caso em conformidade com o estatuído pelo Direito, ou utiliza-o com o fito de guarnecer com uma fundamentação “satisfatória” uma solução já encontrada por outros meios? No seu escrito *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, que influenciou grandemente a discussão, crê ESSER poder asseverar que, em regra, a actividade jurisprudencial procede de acordo com o segundo modo, e considera, de modo aberto e claro, tal procedimento como legítimo. Tal ser-lhe-ia possível uma vez que a doutrina dominante da interpretação, que remonta a SAVIGNY, oferece diversos critérios de interpretação - o literal, o sistemático, o histórico, o teleológico - sem poder, no entanto, dizer a qual se atribui a prevalência nos casos em que conduzam a resultados contraditórios entre si. O juiz poderia assim atribuir a prevalência ao critério que possibilite uma interpretação que se revel ajustada a legitimar a decisão do caso por ele previamente achada como “justa”. “É evidente que o problema da ‘compreensão’ dos textos legislativos ao se coloca aqui em primeiro plano e seguramente que não se depara ou é resolvido na forma canônica de ‘métodos de interpretação’, tais como o gramatical, o sistemático, o histórico ou qualquer outro”. ESSER distingue entre o *achamento* da decisão, com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada do caso concreto e a *fundamentação* da decisão, realizada as mais das vezes ulteriormente, que serve à demonstração da compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado, e onde o juiz utiliza do “método” que aqui se demonstrar adequado para esse fim. “A prática não arranca dos ‘métodos’ doutrinários do achamento do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com seu entendimento do Direito e dos factos”. À fundamentação incumbe assim em boa verdade segundo ESSER, uma função de controlo, quando o juiz abandona uma solução que a princípio anteviu, sempre que esta não se revela a final como susceptível de fundamentação. Este é, todavia, raramente o caso, vista a multiplicidade de interpretação e preenchimento de lacunas de que dispõe o juiz. Em primeiro lugar, de acordo com ESSER, o juiz chegaria não à apoditicidade da sua fundamentação, mas “ao que é, no caso litigioso, a decisão ajustada e também (!) susceptível de legitimação, enquanto conforme à lei”<sup>193</sup>.

Adiante, contrapondo o ponto de vista de Fikentscher, assevera Larenz que, na perspectiva do juiz, para a obtenção da norma concreta pouca importância tem uma incursão em valores pré-positivos ou um procedimento intuitivo, tendo proeminência um procedimento racionalmente controlável e gradual.

Explica Larenz:

Tal procedimento consiste, sumariamente dito, em que o juiz concretize e especifique as diretrizes e os critérios de valoração que lhe são previamente dados na lei, mas também do Direito jurisprudencial, tendo em vista a situação de facto a julgar, que precise e complemente, ponto por ponto, a situação de facto, tomando em consideração os pontos de vista jurídicos que ache (porventura) adequados, e tal na justa medida e até ao ponto em que “nada mais se ofereça” para uma decisão justa do caso. FIKENTSHER denomina este processo de aproximação e esclarecimento recíprocos entre norma e situação de facto de “processo hermenêutico”, e o ponto em que é rompido, como “ponto de viragem hermenêutico”. Este é alcançado quando “passa a não ser possível uma maior densificação sob as pautas da justiça material e equitativa, nem a continuação da especificação da norma, nem tão pouco uma maior subdivisão dos conceitos pertinentes à situação de facto”. A densificação achada no termo desse processo “fornece a norma do caso relativamente à situação de facto a decidir e permite deste modo a sua valoração”<sup>194</sup>.

Uma advertência ainda é necessária antes de ingressarmos na análise específica de cada um dos princípios constitucionais da administração pública. Em razão da adoção de enfoques diversos, encontram-se na doutrina conceitos diversos de princípios, como já exposto acima. Assim, explicitamos mais uma vez que nosso critério para classificar as normas em princípios e regras é sua estrutura lógica, apresentando-se aqueles como mandamentos de otimização e estas como mandamentos definitivos.

Observamos também acima que, ainda consideradas as relações sintático-lógicas entre as normas, além dos princípios e regras, apresenta o sistema constitucional postulados, metanormas que disciplinam a aplicação dos primeiros.

De antemão, portanto, devemos observar que incidem sobre a disciplina constitucional da administração pública princípios (em sentido amplo) expressos e implícitos, sendo que alguns deles consistem em princípios (em sentido estrito, mandamentos de otimização de determinado valor) e outros em postulados.

O primeiro dos princípios expressos da administração pública, como não poderia deixar de ser, é o da legalidade. Intimamente ligado à própria noção de Estado de Direito<sup>195</sup>, desempenha ele papel central na disciplina constitucional da administração pública.

---

<sup>193</sup> *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. pp. 193/195.

<sup>194</sup> *Op. cit.* 197/198.

<sup>195</sup> “O **princípio da legalidade da administração** foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de direito. Ele será objecto de maiores desenvolvimentos em sede das fontes de direito constitucional. Aqui limitar-

Ao tratar do assunto, inserido em um contexto constitucional semelhante ao nosso neste particular, assevera Gordillo, de forma categórica, que *nada* do que faz a Administração Pública pode escapar à lei do Congresso da Nação “Isto, ao menos, em um sistema democrático de direito”<sup>196</sup>.

O princípio da legalidade, consoante a abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem como corolários os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação<sup>197</sup>.

Entre os primeiros ensinamentos que todos recebemos a respeito do regime jurídico da administração pública, há invariavelmente a menção ao princípio da legalidade, sempre exposto com base em construções como a de Hely Lopes Meirelles: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”<sup>198</sup>. Esta afirmação, contudo, pressupõe a identificação do que a lei autoriza. Destarte, uma incompleta compreensão desta afirmação pode levar à errônea suposição de que o administrador sempre se depara com situações de fato que, em atividade meramente subsuntiva, relaciona com categorias normativas encontradas em um ordenamento claro, completo e harmônico.

Para sua completa compreensão, portanto, devem ser cotejadas estas lições tradicionais com o que foi até aqui exposto a respeito do modo de construção de sentido das normas de Direito.

---

nos-emos a algumas considerações básicas. O princípio da legalidade postula dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorrang des Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*). Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei). De uma forma genérica, o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei apontam para a *vinculação jurídico-constitucional do poder executivo* (cfr., *infra*, Fontes de direito e estruturas normativas).

“Em termos específicos, o **princípio da prevalência da lei** significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentadores, actos administrativos gerais, como circulares e instruções). O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência da aplicação da lei). Por sua vez, o **princípio da reserva de lei** afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta. Além disso, o regime jurídico de certas matérias (cfr. CRP, arts. 164º. E 165º.) deve também caber, prioritariamente, à assembléia representativa”. (Canotilho, J.J. Gomes. *Op. cit.* p. 256).

<sup>196</sup> No hay reglas, hay casos individuales y concretos *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2.003. p. VII-14.

<sup>197</sup> *Op. cit.* pp. 88-102.

<sup>198</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.005. p. 88.

Este aspecto não pode ser olvidado em nenhum momento e deve ser considerado como complementar a tudo o quanto dito aqui sobre a legalidade e os demais princípios.

Como princípio propriamente dito, ou seja, mandamento de otimização, apresenta-se o princípio da legalidade como comando que impõe a busca, na maior medida possível, do atendimento à finalidade normativa e aos deveres de razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

A regra, mandamento definitivo decorrente do princípio da legalidade, segundo o qual, só pode a administração fazer o que a lei autoriza<sup>199</sup>, costuma ser tratada com maior frequência. A respeito deste aspecto, ensina Canotilho:

“O princípio da legalidade postula dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorrang des Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*). Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei). De uma forma genérica, o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei apontam para a *vinculação jurídico-constitucional do poder executivo*”<sup>200</sup>.

Da legalidade, decorrem os princípios da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência (agora positivado expressamente) motivação e responsabilidade do Estado. Finalidade, porque cumprir a lei não é apenas prestar homenagem externa a sua dicção, mas sim ser fiel a seus propósitos; razoabilidade, porque as soluções insensatas, discrepantes do razoável, não são compatíveis com a legalidade no âmbito do devido processo legal em sentido material; proporcionalidade, pois, dados os limites impostos pela legalidade, qualquer ingerência na liberdade e na propriedade dos administrados somente pode ser feita nos limites do imprescindível para a satisfação do interesse público; eficiência, porque, quando o legislador outorga discricionariedade, exige logicamente a adoção da melhor solução, que não pôde antever; motivação, porque, num Estado Democrático de Direito em que o poder emana do povo, deve aquele que o exerce sempre expor os motivos que levam à prática de seus atos, até mesmo para permitir o controle jurisdicional, que é inafastável (Constituição da República, art. 5º, XXXV); e responsabilidade do Estado, em primeiro lugar, como contrapartida da ilegalidade (Constituição da República, art. 37, § 6º) e, de outra banda, para

---

<sup>199</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 88.

<sup>200</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2.004. p. 256.

preservação da isonomia, para que os prejuízos decorrentes de sacrifícios de direitos de administrados determinados causados pela atividade administrativa sejam suportados por todos.

Outro princípio previsto expressamente pela Constituição é o da impessoalidade, intimamente ligado ao da isonomia. Dele também se extrai que, mesmo diante de situações de difícil determinação do Direito, tem a administração o dever de adotar a providência ótima, a providência que melhor atende ao interesse público, ou seja, que melhor concretiza as normas constitucionais.

Quanto à moralidade, deve ser observado que tem entre suas conseqüências os deveres de lealdade e boa-fé, sendo vedados comportamentos astuciosos, eivados de malícia. Em homenagem à boa-fé, somada à segurança jurídica, as orientações firmadas pela Administração sobre dada matéria não podem ser alteradas em casos concretos sem prévia e pública notícia, impondo-se, assim, também um dever de padronização da atuação administrativa.

Bem observou Celso Ribeiro Bastos, com supedâneo na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre este princípio que, em sua trajetória na dogmática jurídico-administrativa, depois de passar de uma compreensão que o limitava à disciplina interna da administração – não passível de controle judicial – para a noção que o limitava ao âmbito da legalidade, mais especificamente do desvio de finalidade, atualmente é compreendido como pertinente ao senso moral subjacente em determinada sociedade, intimamente relacionado com a razoabilidade<sup>201</sup>.

Por fim, o princípio da publicidade é mandamento de otimização da transparência administrativa, excepcionadas apenas as situações em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5, XXXIII da Constituição da República).

Segundo a classificação acima proposta, percebe-se que, dos princípios mencionados, três apresentam-se como metanormas destinadas a disciplinar a relação entre os demais: o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da eficiência.

Com efeito, na concretização destes valores essenciais da administração pública convertidos em princípios jurídicos pela Constituição, consideradas ainda suas relações com os demais

---

<sup>201</sup> *O princípio da moralidade no direito público* in *Revista dos Tribunais*. v. 22. São Paulo: RT, pp. 44/45, jan./mar. 1.998.

princípios constitucionais, é imperioso que se proceda com razoabilidade, evitando-se soluções incompatíveis com o bom senso, considerado como conjunto de parâmetros de controle da racionalidade. Além disso, mister que o poder seja sempre exercido com proporcionalidade, que não é princípio que incide diretamente sobre fatos, mas sim sobre a ponderação. Destarte, diante de uma colisão de princípios, a solução adotada deve ser *adequada e necessária* para a preservação de um deles e, além disso, deve haver *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, deve-se buscar a máxima efetividade do princípio preponderante com o menor aviltamento do princípio que sucumbe.

Percebe-se já com facilidade que a eficiência tem a mesma conformação e exerce o mesmo papel na estrutura do sistema constitucional de princípios, tendo, inclusive, perfil muito semelhante ao da proporcionalidade.

#### **Capítulo IV. O POSTULADO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

*IV.1. Noções gerais. IV.2. Extensão semântica. IV.3. postulado da eficiência administrativa como dever de boa administração. IV.4. Controle jurisdicional da eficiência administrativa. VI.5. Relação entre o princípio da eficiência e outros princípios constitucionais da administração pública.*



#### **IV.1. Noções gerais.**

A previsão expressa do princípio da eficiência na Constituição da República teve como origem a Emenda Constitucional nº 19/98. Antes, contudo, já previa a Lei Maior em seu art. 74, II, a necessidade de o controle interno da administração “avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”, e ainda a “aplicação dos recursos públicos por entidades de direito privado”<sup>202</sup>. Por sua vez, o art. 70, *caput*, prevê a economicidade como parâmetro para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Federal. Por fim, mais recentemente, a celeridade do processo administrativo foi erigida à condição de garantia fundamental pela Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º.

Embora, como já afirmado acima, em razão das opções metodológicas adotadas, não sejam consideradas, para os fins deste trabalho, as razões subjetivas que levaram à inclusão do princípio da eficiência na Emenda Constitucional nº 19, apenas para registro, consigna-se que, não obstante tenha o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que ensejou a aprovação da emenda constitucional em questão, sido nitidamente influenciado pelas idéias neoliberais acima referidas, não pode a expressão “eficiência” ser vinculada a tal dado, pois ela sequer constava do projeto de emenda constitucional, que previa a expressão “qualidade do serviço público”, substituída por “eficiência” em razão de emenda apresentada no Senado Federal.

Quanto ao referido Plano, em uma síntese de fórmulas de caráter nitidamente retórico-legitimadoras e conceitos do gerencialismo neoliberal, elaborou-se e passou-se a pôr em prática um projeto de reformas estruturais no âmbito constitucional e infra-constitucional.

A questão que se impõe não é a conveniência, a compatibilidade econômico-social ou o acerto da ideologia dominante quando das referidas reformas, mas qual impacto legítimo tiveram na ordem jurídica, respeitadas as balizas constantes do núcleo imutável da constituição e considerado as normas inalteradas que conformam o contexto em que as novas normas foram inseridas.

---

<sup>202</sup> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência

A reforma administrativa promovida em decorrência do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou estruturar setores (núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços e produção de bens e serviços para o mercado) e definiu, como estratégia de transição a abordagem do tema em três dimensões: institucional-legal, cultural, com a transição do modelo burocrático para o gerencial e de gestão, com pretensão modernizadora.

Neste contexto, alguns pretendem que o princípio em questão apresente-se como justificativa para a progressiva flexibilização, com a busca de institutos do direito privado, em prejuízo de mecanismos asseguradores da isonomia, como a licitação e o concurso público.

Entendemos assistir razão àqueles que fazem uma interpretação mais adequada à realidade constitucional pátria e ao seu supedâneo ideológico emancipatório, atribuindo ao princípio um sentido mais amplo que o sentido meramente econômico pretendido por alguns setores da sociedade quando da reforma constitucional.

Neste sentido, Eduardo Gabardo, autor de valioso estudo sobre o tema afirma:

Além do que, pode experimentar uma nova conotação simbólica, que tenha referência imediata coim o Estado Social e não com o Estado Neoliberal. Tudo isso sem que se escape das formas jurídicas e do sistema referente à Constituição Federal de 1988. Afinal, como bem afirma Egon B. Moreira: ‘O princípio da eficiência dirige-se à maximização *do respeito à dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º). Esta é a finalidade básica da Administração Pública, num Estado Democrático de Direito. Não basta a inconsistente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades *humanas e sociais* positivas’<sup>203</sup>.

Realmente, como é evidente, ao Estado cabe a persecução dos fins estabelecidos pela Lei Maior, com a observância dos valores erigidos à categoria de princípios constitucionais. Um Estado que se proclama “Democrático de Direito”, que tem entre seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana” e entre seus “objetivos fundamentais” “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, não poderá ter um princípio da eficiência da administração pública com conteúdo tão mesquinho que prestigie apenas a eficiência em sentido econômico<sup>204</sup>.

---

da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação dos recursos públicos por entidades de direito privado.

<sup>203</sup> *op. cit.* p. 17.

<sup>204</sup> Não concordamos nem mesmo com a afirmação de Paulo Motta, lembrado por Emerson Gabardo, no sentido de que, “no campo específico da regulação de serviços públicos, a eficiência denota-se como conceito econômico” – *Apud.* Gabardo, Emerson. *Op. cit.* p. 43.

Além da inclusão da expressão “eficiência” no art. 37, outras alterações da Constituição da República manifestaram inequívoco movimento no sentido da busca de eficiência, notadamente no aspecto econômico e financeiro. Esta foi a inspiração, por exemplo, da Emenda Constitucional nº 20/98 e da Emenda Constitucional nº 41/03, que promoveram alterações na disciplina da Previdência Social, da Emenda Constitucional nº 25/00, que estabeleceu limites para as despesas do Poder Legislativo Municipal. No âmbito infraconstitucional, teve este fundamento a Lei Complementar nº 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>205</sup>.

Mas este movimento não se verificou apenas no campo econômico. Como exemplo, na área da educação, pode ser mencionada a Emenda Constitucional nº 14/96, que criou o “Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério”, conhecido como “FUNDEF”, que posteriormente foi disciplinado pela Lei nº 9.424/96, entre outras. Mais recentemente, pela Portaria nº 648 de 16 de março de 2004 do Ministério da Educação, foi instituído o “Grupo Executivo Interno”, incumbido de analisar a proposta de criação e implementação do “Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB”

Além disso, deve ser registrada a exigência de aplicação de percentual mínimo de receitas às ações e serviços públicos de saúde, inclusive com possibilidade de intervenção em caso de descumprimento, conforme as alterações feitas no art. 198, § 2º, no art. 34, VII, “e” e no art. 35, da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 29/00.

Verifica-se assim que há uma grande preocupação com a consecução dos fins constitucionais do Estado não somente na área econômica, mostrando-se, desde já, incompatível qualquer pretensão de redução a este âmbito do comando de eficiência inserido na Lei Maior.

Voltando à Emenda Constitucional nº 19/98, observamos que, embora não constasse de maneira explícita do texto o princípio da eficiência, percebe-se facilmente que as alterações trazidas em seu bojo tiveram como principal meta aprimorar a eficiência administrativa, ao menos em consonância com as idéias mais recentes verificadas no meio administrativo.

---

<sup>205</sup> Não estamos a analisar a aptidão ou não de tais medidas para a obtenção de eficiência, mas é inegável que, ao menos sob uma certa visão política – a visão neoliberal, que tem inspirado as recentes alterações constitucionais e infraconstitucionais – elas têm esta vocação.

De um modo geral, as inovações tiveram como meta flexibilizar as relações em que se envolve a Administração Pública, especialmente no que se refere aos servidores públicos e aos instrumentos de execução de políticas públicas.

É verdade que uma das finalidades de tal flexibilização foi ampliar a atratividade para investimentos externos para concretização, no aspecto econômico, do objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional previsto no art. 3º, II, da Constituição da República.

Contudo, como já afirmado, a análise do texto constitucional não permite a limitação do princípio da eficiência ao aspecto econômico.

No que se refere aos aspectos lógicos e pragmáticos, remetemo-nos aqui ao Capítulo “II”, itens “II.2” e “II.3”, supra, sendo aplicável ao postulado da eficiência tudo o quanto ali exposto.

Quanto à extensão semântica, algumas considerações têm de ser feitas em especial.

#### **IV.2. Extensão semântica.**

Sabe-se que o aspecto semântico da linguagem refere-se à relação entre o signo e o objeto significado. Quando dizemos que estamos à busca de possibilidades semânticas, ou da extensão semântica do princípio da eficiência administrativa, isto não significa que estamos a pesquisar os significados possíveis da palavra “eficiência” na língua portuguesa. Não ocupam a posição de tema central deste capítulo, as relações semânticas possíveis de tal palavra no bojo de nosso idioma.

Tratamos de relações semânticas em que se envolve o dispositivo constitucional que prevê o princípio em questão, condicionado pelo contexto constitucional em que se encontra, ou seja, os significados que buscamos não são puramente lingüísticos, mas normativos. Buscamos conteúdos preceptivos decorrentes de tal previsão<sup>206</sup>.

De antemão, fique claro que o objeto de estudo é o a constituição vigente e não os dados históricos referentes às intenções de quem elaborou o projeto da Emenda Constitucional nº

---

<sup>206</sup> Observe-se, aliás, que as expressões empregadas pelo Direito devem ser compreendidas em sentido técnico, específico, conforme asseverado pelo Ministro Eros Roberto Grau: “(...) Note-se que mesmo palavras e expressões unívocas na linguagem usual assumem – ou deveriam assumir – na linguagem jurídica sentidos mais precisos do que os naquele primeiro nível a elas atribuídos [Larenz 1983:83] (...)” (*Op. cit.* p. 70)

19/98, os desejos e aspirações de cada parlamentar que a ele apresentou emendas e de cada parlamentar que votou favoravelmente ao projeto.

Em primeiro lugar porque é praticamente impossível, em um processo legislativo complexo, com a participação de duas casas legislativas, do Poder Executivo e com inúmeros interesses e pressões gravitando ao redor de ambos identificar quais interesses efetivamente foram incorporados pela reforma. Ademais, ainda que houvesse uma linha ideológica clara e objetivamente identificável, cuja incorporação ao texto da emenda fosse extrema de dúvidas, uma vez que as alterações foram incorporadas ao texto da Lei Maior, devem ser compreendidas em consonância com o sistema desta e, ainda, em conformidade com as alterações de contexto decorrentes das subseqüentes transformações políticas, sociais e culturais.

Com efeito, embora seja a mutabilidade constitucional garantia de estabilidade e instrumento de progresso, como afirmado por Bard e Robinet, lembrados por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>207</sup>, as normas veiculadas pela constituição devem ser interpretadas em consonância com seu sistema e não com suposições referentes a vontades subjetivas relacionadas com sua criação<sup>208</sup>.

Assim, as expressões constantes dos textos normativos devem ser compreendidas em consonância com seu contexto, sistematicamente e não isoladamente. Muito menos tendo-se

---

<sup>207</sup> *Op. cit.* p. 42.

<sup>208</sup> Pertinente a lição de Larenz:

“Uma época que identifica o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito. No século XIX foi reconhecida, em princípio, a necessidade de preencher as lacunas da lei pelos tribunais sob o ponto de vista da ‘proibição de denegação de justiça’. Contudo, não faltaram vozes que, devido a uma avaliação exagerada do pensamento conceptual e à aceitação de uma ‘plenitude lógica’ do ordenamento jurídico, afirmavam que este era isento de lacunas. Contra isso surgiram, nos princípios do século a Jurisprudência dos interesses e a doutrina do Direito livre. A grande importância que foi atribuída ao conceito de lacuna aplica-se porque apenas queria conceder ao juiz a faculdade de desenvolver o Direito quando a lei apresentasse uma ‘lacuna’. Por isso, o conceito de lacuna cumpria a missão de assinalar os limites adentro dos quais era permitido ao juiz um desenvolvimento do Direito. Contudo, como em época mais recente os tribunais reivindicaram para si, cada vez em maior medida, a faculdade de desenvolver o Direito e, segundo o estado das coisas, tinham que reivindicá-la, isto conduziu progressivamente a uma ampliação do conceito de lacuna. Se este conceito não tem de perder desse modo todo o conteúdo enunciativo, parece-nos oportuno identificar a delimitação do desenvolvimento judicial do Direito com a integração de lacunas como de facto, sucedeu na prática dos tribunais superiores. Em tal caso, para o desenvolvimento do Direito superador da lei, que já não é só integração de lacunas, têm que valer outros critérios, os quais já não podem inferir-se só da lei, mas da ordem jurídica como um todo de sentido. Que tais critérios existem, indica-o especialmente a fórmula da Lei Fundamental (art.º 20 parágrafos 3), que diz que o poder executivo e a administração da justiça estão vinculados à ‘lei e ao Direito’. Nesta fórmula expressa-se que ‘lei’ e ‘Direito’ não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido” (Larenz, Karl. *Op. cit.* pp. 521/522).

em consideração apenas um ponto de vista – no caso da eficiência, o econômico, o sociológico, o político, etc. As diversas concepções específicas atribuíveis ao termo “eficiência” devem convergir, balizados pelo sistema constitucional, para a construção da noção jurídico-constitucional brasileira de eficiência administrativa.

Além da previsão do art. 74, II, grandes publicistas brasileiros consideram, a nosso ver acertadamente, que o princípio da eficiência já era, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19/98 já era uma inerência implícita do regime-jurídico administrativo.

Este é o caso de Lúcia Valle Figueiredo, segundo quem:

Ao que parece, pretendeu o “legislador” da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é que *sempre* a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores.

Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado, aliando-se-o ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas.

Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.

De outra parte, o controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, pode tornar-se ainda mais eficaz ao poder se debruçar sobre os atos administrativos impugnados, que poderão ser controlados também a lume de mais esse princípio constitucional<sup>209</sup>.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello assevera não ter sido introduzida nenhuma novidade em nosso ordenamento:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, 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 buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma

---

<sup>209</sup> *Op. et loc. cit.*

faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”<sup>210</sup>.

Realmente, exigência constitucional de eficiência administrativa não é novidade, tratando-se de dever que já incumbia à administração em razão do princípio da legalidade. Com efeito, a disciplina constitucional de estrita legalidade da administração pública impõe ao administrador público não só a observância das formalidades legais, mas também que lhe atenda os fins. Além disso, o postulado da legalidade acarreta a indisponibilidade do interesse público, devendo o administrador buscar sua satisfação na maior medida possível. Destarte, nas hipóteses em que o legislador, ao disciplinar certa competência administrativa, não o faz em caráter vinculado, ou seja, atribui discricionariedade por entender que somente o administrador, em contato com as situações concretas poderá identificar as medidas que melhor preservem o interesse público, não outorga carta branca para que este, ao seu alvedrio, escolha a opção que melhor lhe aprouver. Incumbe-lhe, por imperativo lógico, adotar a melhor solução, a que mais se coadune com a boa administração, com a eficiência administrativa.

Além de se tratar de princípio já anteriormente implícito em nosso ordenamento, é de se observar que se trata de preocupação recorrente em constituições estrangeiras, podendo-se mencionar como exemplo a espanhola, a italiana e a portuguesa.

A Constituição Espanhola prevê em seu art. 103.1:

Artículo 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de **eficacia**, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho<sup>211</sup>.

Por sua vez a Constituição da República Italiana traz em seu art. 97 a seguinte redação: “Art. 97. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il **buon andamento** e l'imparzialità dell'amministrazione”<sup>212</sup>.

Na Constituição da República Portuguesa, não encontramos menção expressa, mas é cristalino que o postulado de eficácia, eficiência ou boa administração permeia a disciplina da administração pública, como se verifica no dispositivo a seguir:

---

<sup>210</sup> *Op. cit.* pp. 109/110. Diógenes Gasparini também considera que o princípio da eficiência é a expressão, no direito pátrio do “dever de boa administração” do direito italiano (*Direito Administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo:Saraiva, 2.005. pp. 21/22).

<sup>211</sup> Disponível em: [www.constitucion.es](http://www.constitucion.es). Acesso em 19 de fevereiro de 2.007. Grifamos.

Artigo 267.º

(Estrutura da Administração)

1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes<sup>213</sup>.

O termo “eficacia” empregado na constituição espanhola significa no idioma pertinente capacidade para produzir o efeito desejado. No idioma em questão, “eficiencia” pode ser compreendido como capacidade para realizar ou cumprir adequadamente uma função e “efectividad” como capacidade de produzir efeito<sup>214</sup>. Percebe-se que a linha divisória entre o espaço semântico da cada uma destas palavras é muito tênue. Todas elas parecem se abrangidas pela expressão “efficacité” da língua francesa, entendida como qualidade de uma pessoa ou coisa que produz o efeito esperado ou que faz bem o que deve fazer<sup>215</sup>. Em um sentido mais voltado ao Direito, merece men o, também, no idioma francês a palavra “effectivit ”, como característica de uma regra de direito que produz o efeito pretendido, que é realmente aplicada<sup>216</sup>.

Reiteramos que o objeto de estudo não são os idiomas e o conteúdo semântico que se busca não diz respeito a estes, mas ao ordenamento jurídico. Contudo, o nível puramente ling stico da enuncia o normativa não pode ser ignorado, sendo mesmo o ponto de partida para indaga es mais sofisticadas. Estamos a verificar, ademais, não haver maior relevância em ter a reforma constitucional empregado a palavra “eficiência” ao invés de outras com campo semântico próximo e mesmo coincidente em alguns aspectos. Um problema, contudo, deve

---

<sup>212</sup> Disponível em: [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it). Acesso em 19 de fevereiro de 2.007. Grifamos.

<sup>213</sup> Disponível em: [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt). Acesso em 19 de fevereiro de 2.007. Grifamos.

<sup>214</sup> Estes são os significados encontrados no “*Diccionario esencial lengua espa ola*”. 5ª ed. Barcelona: VOX – SPES Editorial, S.L., 2.001. p. 287.: “**efectividad** *f.* 1. Capacidad de producir efecto...(...) **eficacia** *f.* Capacidad para producir el efecto deseado (...) **eficiência** *f.* Capacidad para relizar o cumplir adecuadamente una función”.

<sup>215</sup> Este   o significado encontrado em “Le Robert & Cle Internacional – Dictionnaire du français”. Paris: Le Robert & Cle, 1.999. p. 332: “**EFFICACE** [efikas] *adj.* (après le nom) **1.** (qqch) Qui produit l’effet que l’on attend. (...) **2.** Qui fait bien ce qu’il doit faire. (...) **EFFICACITÉ** [efikasite] *n. f.* *L’EFFICACITÉ*: qualit  d’une personne, d’une chose efficace”.

<sup>216</sup> Cornu, Gerard. *Vocabulaire juridique*. 3ª ed. Paris: Quadrige, 2.002. p. 331.



ser enfrentado: o art. 74, II, da Constituição da República, emprega as expressões “eficácia” e “eficiência” referindo-se à gestão orçamentária, dando a entender que têm sentidos diversos.

Isto se torna mais evidente quando analisamos os significados em língua portuguesa trazidos para o termo “eficiência” pelo dicionário Houaiss<sup>217</sup>:

- 1 poder, capacidade de uma causa produzir um efeito real
- 2 qualidade ou estado de ser efetivo; efetividade
- 3 virtude ou característica de (uma pessoa, um maquinismo, uma técnica, um empreendimento etc.) conseguir o melhor rendimento com um mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios Ex.: <a e. de uma datilógrafa> <a e. de um caça-submarino> <a e. de um sistema financeiro>
- 4 produtividade econômica; rendimento Ex.: a alta e. de uma firma de exportação
- 5 fato de (uma pessoa, um objeto) ser apropriado ou ideal para determinada função, operação, objetivo etc. Ex.: a enorme e. de certas invenções, como o fecho eclair
- 6 trabalho ou atuação realizados com pouco ou nenhum esforço perdido
- 7 Rubrica: administração. qualidade ou característica de quem ou do que, num nível operacional, cumpre as suas obrigações e funções quanto a normas e padrões Obs.: cf. *eficácia* e *efetividade* Ex.: <a e. de uma equipe de montadores> <a e. de uma assistente>
- 8 Rubrica: estatística. medida da significação da estimativa de um parâmetro, a qual se obtém com base em uma amostra e que é igual ao quociente de variância da estimativa pela variância de um estimador de eficiência máxima
- 9 Derivação: por metáfora. Rubrica: psicologia. relação entre o rendimento e o esforço ('experiência subjetiva; intensificação da atividade mental')

No que diz respeito aos sinônimos, remete referido dicionário aos sinônimos da palavra “serventia”: aplicabilidade, aplicação, benefício, bondade, capacidade, eficácia, eficiência, emprego, frutuosidade, praticabilidade, prestabilidade, prestatância, prestância, préstimo, proficuidade, proveito, servência, uso, utilidade, valência, valia, valimento, valor, vantagem. Estes também são apresentados como sinônimos de “eficácia”<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br>. Acesso em 18 de fevereiro de 2.007.

<sup>218</sup> Analisando ainda no mesmo dicionário da língua portuguesa, verificamos a proximidade e, em medida considerável, a coincidência semântica que, com o termo “eficiência” apresentam as expressões “eficácia”, “efetividade” e “produtividade”:

“**eficácia**

“**Acepções**

“<sup>1</sup> substantivo feminino

“**1** virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz Ex.: duvidamos da e. do pau-d'arco na cura do câncer

“**2** segurança de um bom resultado; validez, atividade, infalibilidade

“**3** poder de persuasão Ex.: a e. de uma fábula como ensinamento moral

“**4** efeito útil Ex.: a e. de um socorro

Voltemos ao nosso Direito Constitucional, que traz agora expressamente o princípio da eficiência da administração pública, princípio que nele já existia implicitamente e cuja presença em seu sistema torna-se doravante fora de discussão. Cabe a indagação: em que consiste a eficiência administrativa exigida pela lei maior? Há realmente, no Direito Constitucional Brasileiro, diferença entre a eficiência e a eficácia da Administração Pública, como dá a entender o art. 74, II da Lei Maior?

Estabelece Emerson Gabardo relação entre *eficiência* e *produtividade*, decorrente “da valorização do trabalho humano como atividade consciente encaminhada à geração de um bem econômico, característica da modernidade”. Adverte o autor em questão que, em termos lógico-abstratos, *produtividade* pode ter um conteúdo equivalente, mais amplo ou mais restrito que o de *eficiência*. No primeiro caso, ter-se-ia *produtividade* como relação entre o produto final e os fatores utilizados na produção. No segundo, como soma entre eficácia – compreendida esta como divisão do produto final pelo objetivo/meta – e *eficiência* – enquanto relação entre o produto final e os custos. *Eficiência* teria um conteúdo mais abrangente que *produtividade* se for esta considerada como o próprio produto<sup>219</sup>.

---

“**5** qualidade de quem ou do que tem uma ação eficaz; capacidade, produtividade Ex.: <a e. de uma galinha poedeira> <a e. de um montador>

“**6** real produção de efeitos

“**7** Rubrica: administração. qualidade ou característica de quem ou do que, num nível de chefia, de planejamento, chega realmente à consecução de um objetivo Obs.: cf. *eficiência* e *efetividade* Ex.: há eficiência na ação do seu gerente, mas não e.”

“**efetividade**

“**1** substantivo feminino caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo

“**1** faculdade de produzir um efeito real

“**2** capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente

“**3** capacidade de atingir o seu objetivo real

“**4** realidade verificável; existência real; incontestabilidade

“**5** disponibilidade real

“**6** possibilidade de ser utilizado para um fim

“**7** Rubrica: administração. qualidade do que atinge os seus objetivos estratégicos, institucionais, de formação de imagem etc. Obs.: cf. *eficiência* e *eficácia* Ex.: mais que eficiência, a firma demonstrou e. ao integrar a seus quadros gente das populações vizinhas mais carentes

“**8** Rubrica: termo militar. situação de serviço ativo, prestado numa unidade ou estabelecimento militar.”

“**produtividade**

“**1** substantivo feminino

“**1** característica ou condição do que é produtivo

“**2** capacidade de produzir Ex.: <p. de uma espécie vegetal> <p. da terra>

“**3** volume produzido

“**4** Rubrica: economia. relação entre a quantidade ou valor produzido e a quantidade ou o valor dos insumos aplicados à produção; rendimento

“**5** Rubrica: lingüística. freqüência com que determinados padrões ou elementos são us. na formação de novas palavras (p.ex., as terminações *-ar* e *-izar* têm alta produtividade, pois podem ser apostas, teoricamente, a qualquer radical de substantivo ou adjetivo para criar o verbo correspondente, como *fiscalizar*, ou até mesmo de um verbo de outra língua, como *deletar*, *escanear*, *escanerizar*; já as terminações *-er*, *-ir*, da segunda e da terceira conjugações, não têm produtividade no português atual).”

<sup>219</sup> Cf. Gabardo, Emerson. *Op. cit.*, pp. 27/28.

Com o sentido de *produtividade* costuma ser definido o princípio da eficiência como comando que determina a busca do máximo de resultados com o menor custo possível. Trata-se de noção associada apenas a aspectos quantitativos da atividade administrativa.

Outra noção correlata é a de *eficácia*, que seria atingida em maior medida quanto mais os fins alcançados se aproximassem das metas traçadas<sup>220</sup>. Esta idéia também tem caráter meramente quantitativo. Além disso, deve-se observar que em nosso Direito o termo *eficácia* tem já é empregado para designar a aptidão para produzir efeitos.

*Economicidade* e *celeridade* são aspectos da eficiência, sendo que esta última pode também ser compreendida como aspecto da primeira.

Emerson Gabardo, após realizar interessante pesquisa semântica com o cotejo de tais expressões em seus diversos sentidos, lembra haver concepções mais restritas, específicas de eficiência: “‘eficiência operativa’ (consecução de um bom planejamento ou boa formulação de metas), ‘eficiência adaptativa’ (boa capacidade de reformulação das metas); ‘eficiência técnica’ (mera relação entre recursos e resultados), ‘eficiência econômica *stricto sensu*’ (relação entre custos e o valor dos resultados), ‘eficiência econômica consignativa’ (distribuição ótima dos recursos disponíveis) e ‘eficiência econômica produtiva’ (maior rendimento na utilização dos recursos ou minimização dos custos); ‘eficiência moral’ (decorrente de uma razão ética mista na qual se busca uma eficácia temporal condicionada por valores morais)”<sup>221</sup>.

Destarte, grosso modo, pode-se esboçar uma primeira noção de eficiência, consistente numa relação entre custo (não em sentido meramente econômico) e a produção dos resultados pretendidos que favoreça este último fator<sup>222</sup>.

Outro autor que produziu relevante trabalho sobre o tema é Jefferson Aparecido Dias<sup>223</sup>, que ressaltou bastante as novas correntes do Direito de tradição anglo-saxônica tendentes à elaboração de uma análise econômica do Direito. Trata-se de uma das facetas daquilo que já

---

<sup>220</sup> Significado atribuído à expressão *efficacité* em Leca, Jean. *L’administration entre productivité et partenariat in L’Etat moderne et l’administration*. Coord. Join-Lambert, Cristian. Paris: L.G.D.J., 1.994. pp. 26/28. Também neste sentido: Abate, Bernard. *Op. cit.* pp. 39/41.

<sup>221</sup> *Op. cit.* p. 30.

<sup>222</sup> Observe-se que tal idéia abrange, por exemplo a busca do melhor atendimento ao interesse público com o menor sacrifício possível de direitos dos administrados. Assim, o princípio da proporcionalidade, já anteriormente identificável, embora implícito, na disciplina constitucional da administra o pública ganha importante reforço.

<sup>223</sup> *Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2.004. pp. 88-96.

afirmamos ser extremamente importante para a adequada compreensão do fenômeno jurídico, ou seja, o estabelecimento de relações entre os subsistemas sociais, mantendo-se ao centro do foco aquele que é efetivamente objeto do estudo.

Dias atribui grande relevância às relações entre tais correntes, conterrâneas das idéias gerencialistas e neoliberais e restringe o conceito de eficiência em nossa Constituição ao aspecto econômico. Isto, segundo sustenta, torna mais praticável a ponderação com os demais princípios constitucionais da administração pública e evita exatamente que a eficiência seja utilizada como pretexto para violações da moralidade, legalidade, etc.

Apoiando-se em fatos históricos referentes ao momento em que o princípio foi inserido expressamente em nossa Lei Maior, afirma Dias:

Defender que o princípio da eficiência ingressou no texto constitucional por motivações morais ou éticas é desconhecer toda a história que envolveu a elaboração da Emenda Constitucional 19 e dificulta a realização de uma melhor ponderação do princípio da eficiência em relação aos demais princípios consagrados pela Constituição<sup>224</sup>.

Como já dissemos mais de uma vez, entendemos ser impossível a identificação clara e objetiva de uma linha ideológica homogênea nas vontades que se uniram para a produção da emenda constitucional de que se trata, mormente porque sequer estava presente a expressão “eficiência” em seu texto original, proveniente do Poder Executivo.

Acrescente-se que “uma análise exclusiva através de critérios econômicos possui grande dificuldade de correspondência na esfera pública”, conforme bem ponderado por Emerson Gabardo<sup>225</sup>. Neste sentido também manifestou-se Alexandre Santos de Aragão:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos<sup>226</sup>.

Neste mesmo sentido manifestou-se Marçal Justen Filho:

---

<sup>224</sup> *Op. cit.* p. 105.

<sup>225</sup> *Op. cit.* p. 43.

<sup>226</sup> *Op. cit.* p. 01.

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

Parte da doutrina tem preferido, por isso, a expressão *princípio da eficácia administrativa*, para reduzir o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal<sup>227</sup>.

Após expor o conceito de Schmit-Assmann, para quem cabe ao Direito Administrativo, além da “ordenação, disciplina e limitação do poder”, a “*eficácia* e efetividade da ação administrativa”, o que acarreta, ao lado da incidência do postulado da proibição do excesso, a do cânone da “proibição do defeito”<sup>228</sup>, sustenta o mestre:

Mas a eficácia tem de ser avaliada como ponderação de interesses e de valores de distinta natureza, sem se eleger o lucro e a rentabilidade econômica como princípio único ou fundamental. Um exemplo facilita a compreensão. As contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos, fundamento da obrigatoriedade da licitação prévia. Mas a Administração Pública está também vinculada a promover a dignidade dos portadores de deficiências físicas. Para cumprir esta função, a Administração pode valer-se de contratações administrativas. Assim, os deficientes serão contratados para fornecer utilidades materiais de que a Administração necessita. Serão utilizadas, conjuntamente, duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar que, por meio do trabalho, os deficientes físicos satisfaçam sua dignidade individual. Daí se segue o afastamento da licitação tanto quanto a admissão de contratação por valor superior àquele que a Administração poderia obter no mercado. Esta solução poderia ser incompatível com o princípio da eficiência econômica, mas satisfaz o princípio da eficácia da atividade administrativa<sup>229</sup>.

A seguir, ressalta Marçal Justen Filho a pluralidade de princípios que norteia a atividade administrativa, devendo todos realizados em conjunto e com a maior intensidade possível. Segundo o autor em questão, a vedação de desperdício econômico se justifica exatamente pela necessidade de rápida e ampla realização dos encargos estatais. Em caso de conflito, afirma, deverão ser preservados ao máximo todos os valores em conflito, ainda que tal se dê em detrimento da eficiência econômica. Por fim, diz que a busca do menor custo econômico possível decorrente pela eficácia administrativa não é o mesmo que obtenção do maior lucro.

---

<sup>227</sup> *Op. cit.* p. 85.

<sup>228</sup> Apud Justen Filho, Marçal. *Op. et loc. cit.*

<sup>229</sup> *Op. cit.* pp. 85/86.

Antes de tirarmos nossas próprias conclusões, voltemos, no entanto, a analisar a abordagem limitada aos aspectos econômicos do princípio como decorrência da chamada análise econômica do Direito<sup>230</sup>.

Têm-se verificado na doutrina propostas que, trabalhando sobre conceitos econômicos, identificam a eficiência como a promoção de situação melhor para pelo menos uma pessoa sem prejuízo para nenhuma, ou a solução que, mesmo com indenização de eventuais prejuízos (pelos beneficiados), ainda assim, há o benefício a pelo menos um dos envolvidos (Superioridade de Pareto). No entanto, diante da complexidade das relações envolvidas nas políticas públicas, sendo indetermináveis os beneficiados e os prejudicados e, ainda, a medida do benefício ou prejuízo, esta regra é de impossível verificação empírica.

Por sua vez, a regra de eficiência de Kaldor-Hicks e o utilitarismo de Jeremy Bentham<sup>231</sup> têm sido apresentados como parâmetros. A primeira dispensa a necessidade de, na situação a que se refere a Superioridade de Pareto, os beneficiados indenizarem os prejudicados, bastando que os benefícios sejam superiores aos prejuízos. Não se deve olvidar que os benefícios e prejuízos decorrentes da atuação administrativa nem sempre são pecuniários, muitas vezes não são quantificáveis e dificilmente são comparáveis entre si.

Por sua vez, o utilitarismo tem como objetivo gerar a felicidade, definida como o excedente de prazer em relação à dor. Lembrando que Bentham propõe uma fórmula para o cálculo do prazer e da dor de um ato e para a comparação entre ambos, para que se verifique se o ato gera felicidade, Jefferson Aparecido Dias, com estribo na lição de Richard Posner, observa que é impossível medir a satisfação subjetiva em termos objetivos, bem como conjugar com os objetivos da aplicação da fórmula a medição da satisfação e da felicidade dos criminosos e das pessoas não produtivas, além de ser difícil definir de quem são as utilidades que devem ser consideradas. Por fim, soma o referido autor a dificuldade de se definir prazer, dor e felicidade.

Assim, aqueles que atribuem caráter estritamente econômico ao princípio da eficiência lastreiam-se na noção de “maximização da riqueza”<sup>232</sup>, considerada esta como a soma dos valores de todas as coisas materiais e imateriais. Nesta esteira, termina por sustentar Jefferson Aparecido Dias: “No modelo econômico que atualmente prevalece no mundo, principalmente

---

<sup>230</sup> Bastante ressaltada, como já dito acima, em Dias, Jefferson Aparecido. *Op. cit.* pp. 88-96.

<sup>231</sup> Também mencionadas por Jefferson Aparecido Dias em sua monografia sobre o tema (*op. cit.* p. 90-91).

<sup>232</sup> Cf. Dias, Jefferson Aparecido. *Op. cit.* pp. 93-96.

a partir dos mandamentos estabelecidos pelo consenso de Washington, esta parece ser a melhor concepção do princípio da eficiência”<sup>233</sup>.

Assim, considera o autor o princípio constitucional da eficiência como “mandamento de maximização da riqueza”<sup>234</sup>.

Dias atribui o que considera resistência e mesmo hostilidade dos autores dos países que adotam a *Civil Law* a respeito da influência da Economia no Direito e, portanto, o menosprezo da idéia de eficiência a partir de preceitos econômicos, entre outros fatores, à dificuldade de compreensão mútua das linguagens jurídica e econômica.

Concordamos com o autor quanto ao caráter refratário da dogmática jurídica com relação ao sistema econômico, mas, como já sustentamos acima, entendemos que a abertura deve abranger todos os subsistemas sociais com que o Direito trava relações de interferência mútua, razão pela qual, a despeito dos respeitabilíssimos entendimentos em contrário, entendemos que o postulado da eficiência deve ser compreendido com maior abrangência.

Cuidando de delimitar o âmbito semântico do princípio da eficiência, Odete Medauar observa:

(...) O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

O princípio da eficiência vem suscitando o entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade<sup>235</sup>.

A garantia constitucional de razoável duração dos processos administrativos e, portanto, o dever de celeridade, já foi identificado pelo Superior Tribunal de Justiça como decorrência do princípio da eficiência, notadamente da previsão do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, em acórdão que teve como relator o Ministro Hamilton Carvalhido<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> *Op. cit.* p. 96.

<sup>234</sup> Dias, Jefferson Aparecido. *Op. et loc. cit.*

<sup>235</sup> *Direito Administrativo Moderno*. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006. pp. 129/130.

<sup>236</sup> MS/DF nº 0112125-6/2005. 3ª Seção. Julg. 10/05/2006. publ. DJ 21.08.2006, p. 228.

No mesmo voto, o relator traz à colação as palavras do Ministro Paulo Medina no julgamento do MS nº 7.765/DF, citado pela Ministra Laurita Vaz, no MS nº 9.420/DF, no sentido de que

A atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do "dever de boa administração.

O sentido de celeridade também foi adotado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento recurso especial nº 687947/MS, sendo Relator o Ministro Castro Meira, julgado em 03 de agosto de 2.006, com publicação no Diário da Justiça de 21 de agosto de 2.006, página 242. No mesmo sentido, o acórdão proferido pela Primeira Turma no Recurso Especial nº 690819/RS, julgado em 22 de fevereiro de 2.005 e publicado no Diário da Justiça em 19 de dezembro de 2.005, página 234. Igualmente neste sentido, o decidido no Recurso Especial nº 690811/RS, da Primeira Turma, que teve como relator o Ministro José Delgado, julgado em 28 de junho de 2.005 e publicado no Diário da Justiça do dia 19 de dezembro de 2.005, página 234.

Estes apenas são alguns dos exemplos das manifestações da jurisprudência a respeito deste aspecto do dever de eficiência, tomados, por amostragem, para ilustrar uma das vertentes semânticas do postulado.

Após esta abordagem geral da ainda incipiente doutrina e jurisprudência a respeito do tema, três conclusões se impõem: (a) o postulado constitucional da eficiência tem sentido mais amplo que aquele limitado ao âmbito econômico, devendo abranger todos os valores insculpidos na Lei Maior; (b) o emprego do vocábulo “eficiência” pela constituição não teve sentido técnico-econômico ou da Ciência da Administração, devendo ele ser entendido com a máxima extensão possível, incluídas as noções correlatas de eficácia, produtividade, efetividade, etc.; (c) nestes termos, não há como não se identificar o postulado da eficiência com o *dever de boa administração* ou *dever de bom andamento da administração*, já consagrado no Direito Italiano e que, ademais, tem o mesmo sentido da “eficácia” da constituição espanhola, da “*efficacité*” referida pela doutrina francesa, etc.

#### **IV.3. postulado da eficiência administrativa como dever de boa administração.**



A fluidez da expressão “boa administração” não é óbice para que seja a doutrina que ela traduz considerada inadequada para a compreensão de nosso postulado da eficiência. Não há como se fugir da imprecisão terminológica neste tema. Todas as correntes apresentadas valem-se, em algum momento das expressões “bom”, “satisfatório”, “excelente”, “favorável”, etc.

Feita esta observação, lembremos que a eficiência não permite, evidentemente, o desprezo ao devido processo legal ou, dito de outra maneira, o menoscabo dos tradicionais princípios do regime-jurídico administrativo, mas apenas acentua o caráter finalístico da legalidade. Assim, todo ato da Administração Pública, somente será válido se for a maneira mais eficiente para a consecução do fim legal. Na impossibilidade de definição da maneira mais eficiente, deve o ato ao menos apresentar-se como razoavelmente eficiente<sup>237</sup>.

Dever do melhor cumprimento das competências administrativas, com o uso dos meios mais idôneos, mais oportunos e convenientes para a satisfação do interesse público que constitui o fim específico que lhes deu origem<sup>238</sup>. Explicando tal dever, pontifica Guido Falzone:

Doverosità giuridica quindi dell'attività amministrativa in riferimento al determinato interesse pubblico che ne richiede l'esplicazione, nel senso di necessita giuridica dello svolgimento dell'azione amministrativa, e non solo, ma anche doverosità giuridica di un 'utile' e, per ciò stesso, 'congruo idoneo e opportuno' spiegamento di tale attività di tutte attività pel pieno soddisfacimento di quell'interesse, nel senso di necessita giuridica di un buon esercizio della funzione amministrativa, di una 'buona amministrazione'<sup>239</sup>.

Adiante, faz o autor menção ao dever que incumbe aos agentes administrativos do *melhor exercício* (“migliore esercizio”) de suas competências<sup>240</sup>.

O melhor exercício de competências administrativas, a boa administração, a busca da solução ótima em nosso ordenamento constitucional não pode ser senão a adoção de providências que maior efetividade dêem aos preceitos constitucionais. Eis a íntima relação com o já consagrado postulado da máxima efetividade das normas constitucionais.

Com ele e com o princípio constitucional da legalidade na administração pública se alinha o princípio da eficiência com a conformação já aqui traçada, de maneira que percebemos que,

---

<sup>237</sup> Aragão, Alexandre Santos de. *Op. cit.* p. 03.

<sup>238</sup> Falzone, Guido. *Il dovere di buona amministrazione. Parte I.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1.953. p. 110.

<sup>239</sup> *Op. cit.* p. 111.

<sup>240</sup> *Op. cit.* p. 112.

como já antecipado por Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, entre outros autores – como já apontado acima, inclusive com transcrição –, logo após a edição da Emenda Constitucional nº 19, realmente a previsão expressa do princípio da eficiência não trouxe maiores novidades a nosso ordenamento jurídico, apenas tornando explícito, insofismável, o que já era implícito na Lei Maior.

Um dos aspectos do dever de busca da solução administrativa ótima para as situações que se apresentem é a otimização dos recursos com a consecução dos resultados buscados na maior medida possível. Pode-se dizer ser este o núcleo do conceito de eficiência em nosso Direito Constitucional.

A medida dos resultados, contudo, não pode ser feita com base em critérios meramente econômicos, tendo em vista a grande diferença axiológica e teleológica entre a administração pública e a administração privada<sup>241</sup>, devendo-se buscar formas de constatação empírica dos resultados que dão sentido à ação administrativa<sup>242</sup>, mostrando-se de extrema relevância o aspecto qualitativo, sendo imperioso, além da aproximação entre administração e administrado para a verificação efetiva da satisfação deste, o estabelecimento normativo de padrões de qualidade suscetíveis de cotejo objetivo com a atividade desempenhada<sup>243</sup>.

Neste contexto, devemos lembrar-nos das palavras de Luiza Frischeisen:

O administrador está vinculado à Constituição e à implementação das políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil - neste sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade.

Essa obrigação de cumprir as normas constitucionais da ordem social inserem-se no devido processo legal que deve ser obedecido pela Administração, na implementação das políticas públicas.

Nesse sentido, afirma Carlos Roberto de Siqueira Castro que o devido processo legal deve ser entendido como *postulado de caráter substantivo* (substantive due process), *capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público*<sup>244</sup>.

O emprego do postulado da eficiência e mesmo a construção de seu sentido diante de cada situação concreta, como já afirmado acima, deve ser realizada com observância ao devido

---

<sup>241</sup> Cf. Leca, Jean. *Op. cit.* pp. 34/35.

<sup>242</sup> Abate, Bernard. *Op. cit.* p. 39.

<sup>243</sup> Abate, Bernard. *Op. cit.* pp.44/46.

<sup>244</sup> *Op. cit.* pp. 91/92.

processo legal que possibilite controle racional das decisões e com o maior pluralismo possível. Mesmo neste contexto, há necessidade de muita cautela quando do enfrentamento do problema relativo à definição dos limites admissíveis para o conceito de eficiência.

A respeito, Marcelo Neves traz a lume a doutrina de Luhmann:

No modelo sistêmico de luhmann a questão é abordada em termos de redução de complexidade. Em face das diversas expectativas conflitantes a respeito do texto constitucional, o procedimento de interpretação-aplicação normativa selecionará a juridicamente válida. Não se trata, evidentemente, de uma seleção qualquer. Em primeiro lugar, deve haver uma congruência com outras soluções no interior do sistema (*Konsistenz*). Ou seja, impõe-se que a continuidade do sistema seja assegurada através de redundância construída com base em argumentos. Mas é sobretudo relevante e imprescindível que o procedimento esteja estruturado de tal maneira que viabilize uma reorientação das expectativas. Não se trata de um modelo decisionista, eis que o sistema é uma conexão complexa de comunicações que delimita as possibilidades de decisão do órgão competente. Nesse sentido, a validade sistêmica da solução interpretativa não se confunde com a mera vigência técnico-jurídica de uma decisão judicial irrecorrível e insuscetível de revisão. Porém, a validade, tal como posta pela teoria dos sistemas, parte do interior do sistema jurídico, seja como auto-referência ou hetero-referência. Não se considera o problema da validação de interpretações possíveis a partir da esfera pública<sup>245</sup>.

Não se excluem a perspectiva sistêmica ou interna – baseada na auto-referência (consistência) e na hetero-referência (reavaliação das expectativas) – e a externa, referente à heterovalidação pelo fluxo de sentidos advindos da esfera pública. Ao contrário, se complementam no tocante à compreensão dos procedimentos vinculantes de interpretação e aplicação das normas no Estado Democrático de Direito.

Enquanto em uma se verifica a proeminência da redução de complexidade e seletividade necessárias à manutenção e adaptação do sistema ao ambiente, a outra ressalta a importância, para a construção de sentido, da esfera pública pluralista.

Somam-se as mutações decorrentes de tensões entre as interpretações oficiais e não oficiais. Observa Marcelo Neves que, “havendo resistências dos intérpretes na acepção estrita às metamorfoses interpretativas, podem conduzir à própria reforma (do texto) da Constituição ou, no caso-limite, à ruptura constitucional”<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> *Op. cit.* p. 367.

<sup>246</sup> *Op. cit.* pp. 371/372.

Tratamos aqui apenas do aspecto mutável no âmbito da interpretação, ressaltando o caráter aberto do princípio, em consonância, aliás, com tudo o que foi exposto sobre o processo de concretização constitucional.

Estabelecidos estes parâmetros para a identificação semântica do princípio da eficiência, bem como seus limites e suas relações com os demais princípios, devemos reconhecer que trata-se de norma plenamente suscetível de controle jurisdicional, como, ademais, é qualquer norma jurídica, considerado o teor do art. 5, XXXI, da Constituição da República.

A maior sindicabilidade da eficiência administrativa, aliás, é apontada como um dos poucos efeitos práticos da posituação expressa por Lúcia Valle Figueiredo, como já mencionado acima. Lembremos que assevera a publicista:

De outra parte, o controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, pode tornar-se ainda mais eficaz ao poder se debruçar sobre os atos administrativos impugnados, que poderão ser controlados também a lume de mais esse princípio constitucional<sup>247</sup>.

Algumas observações sobre este tema específico, contudo, ainda devem ser feitas.

Dados os postulados do constitucionalismo atual, somados à missão transformadora de nossa Constituição, cada um dos “Poderes” do Estado devem, em seu âmbito, buscar à máxima realização dos fins nela insculpidos e, portanto, quando a matéria for o exercício de função administrativa, devem pautar-se pelo postulado constitucional da eficiência.

O desenvolvimento judicial do Direito, assevera Larenz, demanda fundamentação metódica suficiente para sua justificação. Sem uma tal justificação, haveria verdadeira usurpação da função legislativa pelo Judiciário. Assim, as questões relativas aos limites da competência dos tribunais para o desenvolvimento do Direito têm estreita relação com a questão relativa à possibilidade de fundamentação de um tal desenvolvimento<sup>248</sup>. Mais uma vez, a justificação racional é que atribui às decisões a qualidade de pertinência ao sistema. Tal justificação inclui o respeito ao âmbito delimitado para a atuação de cada um dos Poderes do Estado<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>248</sup> *Op. cit.* p. 524.

<sup>249</sup> “There is a genuine analogy between legal reasoning and political debate, even if Rawls exaggerates the constraints that the latter can reasonably be expected to bear. Although the political advocate is not bound by legal precedents, or even the general principles they assume, he should nevertheless adapt his moral argument to the demands of the public forum in the manner that deliberative democracy requires. He should, where possible, invoke widely accepted principles to support his case, or show why, when properly explained, they do not undermine it. Just as legal reasoning permits resort to personal moral or metaphysical commitments only when settled principles or established precedents prove indeterminate, moral reasoning, in the political sphere, should

Deve-se, portanto, buscar o equilíbrio entre as noções tradicionais que gravitam em torno da idéia de Estado de Direito e o constitucionalismo atual.

A partir dos séculos VI e VII, a unidade política e religiosa da idade média passa a dar lugar à noção de um estado neutro, com a substituição da tradição e da religião pela razão. Com esta mudança, emerge a filosofia das “leis uniformes, claras, simples, abstractas e precisas”, que culmina no movimento codificador. O juiz não é mais um órgão político, mas um lógico a quem incumbe a realização de um silogismo perfeito. É a ideologia da subsunção. Pretendia-se o juiz como “um ser sem poder nem vontade, cujas virtudes principais consistiam na sua “invisibilidade funcional”<sup>250</sup>.

---

proceed chiefly on the basis of common principles and shared values, invoking more controversial claims only when the existing basis for agreement proves inadequate, legal reasoning and political argument, when properly conducted, seek fundamentally the same end: each seeks to identify principles of justice and conceptions of the common good that all can embrace without loss of personal integrity. In each case, necessarily, the relevant principles must be appropriate for a pluralistic society, in which divergent moral outlooks are an inevitable consequence of freedoms of speech and conscience.

The superficially strategic and self-serving nature of legal argument, in support of a favourable ruling on particular facts, should not be allowed to obscure the sense in which questions of existing law are always also questions of justice, albeit that they fall within a limited range of possible legal interpretations. Lon Fuller rejected legal positivism, as we have noted on the grounds that its insistence on the distinction between the law as it is and the law as it should be betrayed an impractical detachment from the realities of legal practice. He explained that adjudication is necessarily concerned with the determination of legal rights because the central role it accords the litigant, as active participant, entails recourse to general principles: a demand supported by a principle amounts to a claim of right. The legal principles accepted in a constitutional democracy, based on respect for the individual, moreover, are also moral principles. A litigant's claim in court is always, therefore, an appeal to the requirements of justice: he must invoke a morally defensible interpretation of a rule or principle, consistent with the general values of the legal system and the polity of which it is part” (Allan, T.R.S. *Constitutional Justice – A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 288/289).

<sup>250</sup> cf. Queiroz, Cristina. *Op. cit.* pp. 127/129. É claro que a criatividade, na atividade de concretização, tem limites. Neste sentido, ondera Larenz:

“Assinalamos como limite da interpretação, em sentido estrito, o sentido literal possível; como condição prévia de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, uma lacuna da lei; e como limite deste último, a possibilidade de integrar a lacuna de acordo com a teleologia imanente à regulamentação legislativa em concordância com as valorações expressas na lei. Para isso dispõe-se, sobretudo, dos meios da analogia particular e geral, do recurso a um princípio imanente à lei, da redução e extensão teleológicas e bem assim de uma correção teleologicamente fundamentada da lei. Condição prévia de um desenvolvimento do Direito *superador da lei* é, em primeiro lugar a existência de uma questão jurídica, quer dizer, de uma questão exige uma resposta jurídica. Deste modo se eliminam as questões que são irrelevantes para a ordem jurídica, porque incidem no ‘espaço livre de Direito’. A segunda condição é que a questão não possa ser resolvida nem por via de uma simples interpretação da lei nem de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, de maneira que satisfaça as exigências mínimas que resultam de uma necessidade irrecusável do tráfego jurídico, da exigência de praticabilidade das normas jurídicas, na natureza das coisas e dos princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. A impossibilidade de uma solução pela via de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, que haja de ajustar-se a estas exigências, tem que estar fora de dúvida. O limite do desenvolvimento do Direito *superador da lei* levado a cabo pelos tribunais situa-se onde já não é possível uma resposta no quadro do conjunto da ordem jurídica vigente e, por isso, não é possível com o *considerações especificamente jurídicas*; em especial, portanto, quando se trata de questões de oportunidade ou quando seja requerida uma regulamentação pormenorizada que só o legislador pode encontrar, pois que só ele dispõe das informações para tal e necessárias para legitimação para isso.

“(…)

Esta visão ocasionou grande perplexidade com o passar do tempo, com a constatação do caráter constitutivo e não declaratório da interpretação/aplicação do Direito, mormente no que se refere às normas constitucionais<sup>251</sup>.

A máxima *in claris cessat interpretatio* é anacrônica e Locke já observara que a pretensa clareza da lei, em matéria jurídica, resulta do fato de não se ter pensado em todas as situações que permitiriam revelar a ambigüidade e absurdidade da regra. Assim, mais prudente seria afirmar que a norma é clara diante de um determinado caso concreto<sup>252</sup>. O poder de interpretação é maior quanto menor a clareza do texto que veicula a norma. Esta precisão ou imprecisão é o primeiro parâmetro para a divisão orgânica do poder<sup>253</sup>.

Quando o texto normativo permite a formulação de diversos enunciados, a atividade de concretização encarrega-se da opção por algum deles, opção esta que nem sempre conta com critérios definidos juridicamente. Assim, fala-se em “determinação” e “concretização” do direito como coisas diversas ou, ainda, “justificação interna” e “justificação externa” do raciocínio jurídico prático-geral”. Corresponde, em linhas gerais, esta distinção à feita por Hesse entre “interpretação” e “realização” ou à de Dworkin entre “casos constitucionais simples” e “casos constitucionais difíceis”<sup>254</sup>.

---

“Os tribunais deviam tomar muita a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador os tribunais deviam ter sempre presente este perigo para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível” (Larenz, Karl. *Op. cit.* pp. 606/609).

<sup>251</sup> Karl Larenz, referindo-se à doutrina de WILHELM KRIELE lembra que este também sustenta que “nem a aplicação, no sentido de mera subsunção, nem os ‘métodos’ tradicionais da interpretação são suficientes para alcançar sempre a decisão ‘justa’ e simultaneamente conforme o Direito vigente”.

Acrescenta que, segundo Kriele,

“Cada decisão tem, ao invés, de poder ser justificada com o jurídico-racional, e isso, antes do mais, por via do discurso. Sempre que o jurista se orienta primacialmente ao Direito positivo, fã-lo porque ‘pressupões tacitamente um nexo intrínseco entre o Direito positivo e a sua aptidão de justificação racional’. O ‘significado prático’ deste nexos pressuposto consiste em que ‘de um modo geral o texto só pode ser correctamente interpretado quando a ele se faz subjazer a intenção de racionalidade e imparcialidade’. Nesta perspectiva, a fidelidade à lei e a aspiração à justiça na concretização judicial do Direito não se excluem entre si, antes se condicionam reciprocamente. O texto legal assim racionalmente interpretado vincula o juiz, dispensa ulteriores abordagens do problema. Continua a substituir uma série de questões, que a lei não soluciona e, face a estas questões, necessita a decisão uma justificação, mediante fundamentos que a ‘razão prática’ reconhece como tais. É desses fundamentos que KRIELE, sobretudo trata na sua *Teoria da Obtenção do Direito (Theorie der Rechtsgewinnung)*”. (*Op. cit.* pp. 204/205).

<sup>252</sup> cf. Queiroz, Cristina. *Op. cit.* 104.

<sup>253</sup> cf. Queiroz, Cristina. *Op. cit.* p. 104.

<sup>254</sup> cf. Queiroz, Cristina. *Op. cit.* 107.

Tratando do tema, Cristina Queiroz lembra que Kelsen, recusando a tradicional distinção entre fontes de criação jurídica e fontes de aplicação jurídica, sustenta que ambas as atividades são realizadas pelos poderes constituídos e que, entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional não existe diferença qualitativa, mas apenas quantitativa<sup>255</sup>.

Reiteremos mais uma vez que as normas constitucionais somente apresentam-se com seu conteúdo completo diante de situações concretas, após o processo de concretização de que tratamos acima, havendo na doutrina até mesmo quem afirme que “sem a confirmação do ‘guardião supremo da constituição’ não existe direito constitucional não escrito”<sup>256</sup>.

O surgimento dos tribunais constitucionais suplantou as tradicionais referências a normas costumeiras pré-constitucionais, substituída pelo “direito constitucional não escrito”, que está “implícito” no texto a interpretar<sup>257</sup>.

A construção do postulado constitucional da eficiência administrativa, portanto, deverá observar todos estes parâmetros e ser realizada no bojo de processo plural, aberto e consentâneo com todos os corolários do devido processo legal.

#### **VI.4. Relação entre o princípio da eficiência e outros princípios constitucionais da administração pública.**

Os autores que têm se debruçado sobre o tema de que aqui tratamos têm dedicando grande parte dos estudos às relações entre o princípio da eficiência da administração pública e outros princípios constitucionais da administração pública, razão pela qual incluímos este tópico, embora já tenhamos acima manifestado nosso entendimento no sentido de que o princípio da eficiência situa-se em nível diverso de linguagem, tendo como objeto justamente os princípios com os quais ele tem sido usualmente cotejado. Ao invés de colidir, por exemplo, com a moralidade, impõe sua máxima efetivação.

Alexandre Santos de Aragão, aliás, parece adotar uma posição muito parecida com a nossa quando sustenta:

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim embeber a legalidade de uma nova lógica,

---

<sup>255</sup> *Op. cit.* 132.

<sup>256</sup> Klaus Stern, citado em Queiroz, Cristina. *Op. cit.* p. 118.

<sup>257</sup> cf. Queiroz, Cristina. *Op. cit.* p. 119.

determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata<sup>258</sup>.

Os maiores problemas envolvem suposta colisão entre os princípios da eficiência e da moralidade. A respeito, muito interessante o exemplo trazido por Jefferson Aparecido Dias, que lembrou o caso da privatização do sistema Telebrás, ocorrida em 29 de julho de 1.998, em que a interceptação de conversas telefônicas desvendou o empenho de membros do alto escalão do Governo Federal e até mesmo do então Presidente da República em exercer influência no resultado dos certames, mais especificamente influenciando na formação dos consórcios.

Partindo do pressuposto de que tais agentes atuaram de boa-fé, pode-se entender que agiram visando a assegurar um resultado interessante à eficiência do sistema de telecomunicações, embora aviltando os princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade e, com maior intensidade, da impessoalidade<sup>259</sup>.

Para Posner, lembrado por Jefferson Aparecido Dias<sup>260</sup>, “en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerar-se inmoral”. Contudo, como bem ponderado por Dias, nem tudo o que é eficiente é moral.

Considerada apenas em seu aspecto econômico, a eficiência é mandamento de otimização do enriquecimento social, tomando-se como premissa que o homem age sempre como maximizador de seu auto-interesse que, segundo Posner, é sempre econômico. Qualquer outro interesse seria irracional e vago.

Jefferson Aparecido Dias opõe a concepção adotada por Posner – com base, entre outros, nos estudos de Ronald H. Coase, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1.991 – à de Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1998, para quem “é impossível afirmar que apenas é racional a conduta humana que tem como objetivo maximizar o auto-interesse”<sup>261</sup>.

Segundo a primeira concepção, seria eficiente a Administração Pública na medida em que agisse da maneira financeiramente menos dispendiosa para a coletividade e aumentasse a

---

<sup>258</sup> *Op. cit.* p. 03.

<sup>259</sup> O caso foi bem analisado em Dias, Jefferson Aparecido. *Op. cit.* pp. 106/111.

<sup>260</sup> *Op. cit.* p. 112.

<sup>261</sup> Dias, Jefferson Aparecido. *Op. cit.* p. 112/116.



riqueza da comunidade, aumentando a riqueza de seus membros, promovendo-se uma “justiça econômica”<sup>262</sup>. Assim, a eficiência gozaria de precedência *prima facie* diante da moralidade administrativa porque o homem, antes de ser moral, é um ser econômico que tem a busca da riqueza como única ação racional, além de ser o aumento da riqueza a única maneira de promover o bem coletivo e mensurá-lo, não sendo objetivamente mensuráveis valores como felicidade e justiça.

Optando pelas idéias defendidas por Amartya Sen, o autor em questão sustenta a existência de uma pluralidade de motivações racionais, como lealdade, sentimento de justiça, interesse do grupo, etc., sendo possível o “comprometimento com padrões de comportamento específicos, cuja violação pode ser considerada intrinsecamente ruim”. Além disso, é possível a existência de padrões de comportamento com observância não originada em nenhuma “avaliação intrínseca relacionada ao próprio comportamento”, mas sim “na importância instrumental desse comportamento – para o indivíduo ou para o grupo”<sup>263</sup>.

Assiste inteira razão a Jefferson Aparecido Dias quando afirma que outro equívoco daquele fundamento é imaginar que a ação humana é sempre racional, ou que calcula, como uma “máquina de calcular ambulante”, os lucros e prejuízos econômicos de cada ato de sua vida<sup>264</sup>. Lembra Daniel Kahneman e Vernon Smith, ganhadores do Prêmio Nobel de Economia de 2002, que demonstraram que “os homens se comportam sistematicamente de forma menos racional do que alguns economistas ortodoxos defendem”<sup>265</sup>.

Assim, é falacioso o suposto fundamento natural da suposta supremacia do princípio da eficiência, em seu aspecto econômico, sobre o da moralidade. Não menos falacioso é o suposto fundamento prático de ser o aumento da riqueza a única maneira de promover o bem coletivo e mensurá-lo, não sendo objetivamente mensuráveis valores como felicidade e justiça.

Neste particular, é necessário trazer à colação, por indiscutível argúcia e precisão, as palavras de Jefferson Aparecido Dias:

No atual modelo econômico mundial, os países são equiparados a grandes empresas, e um aumento de sua eficiência normalmente conduz a um

---

<sup>262</sup> *Op. cit.* p. 113.

<sup>263</sup> Sen, Amartya. Citado em Dias, Jefferson Aparecido. *Op. cit.* pp. 115/116.

<sup>264</sup> *Op. et. loc. cit.*

<sup>265</sup> *Op. et. loc. cit.*

aumento de sua riqueza, o qual, por sua vez, é seguido pelo maior volume de investimentos que, sucessivamente, acaba por gerar maior riqueza. Assim, a maior eficiência de um país realmente é fonte do aumento de sua riqueza, mas imaginar que o aumento da riqueza de um país tem como efeito simultâneo o aumento da riqueza de seus membros é algo bem diferente. Esta conclusão é facilmente comprovada pela análise do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2003, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>266</sup>.

Citado com frequência entre as dez maiores economias mundiais, o Brasil ocupa apenas o 65º (sexagésimo quinto) lugar, segundo o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), segundo tal relatório.

Acrescente-se que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade da administração pública, em seu aspecto de deveres pertinentes ao direito de cada administrado ser tratado com igual respeito e consideração, sem favoritismos ou perseguições e sem que aqueles que em seu nome exercem competências destas se apoderem e as distorçam buscando fins alheios ao interesse público, são corolários do princípio da dignidade humana, que apresenta-se, evidentemente, com precedência *prima facie* em relação a qualquer princípio de caráter instrumental como o da eficiência.

Havendo tão intensa relação entre os princípios constitucionais da administração pública e os direitos fundamentais, percebe-se que o conseqüente controle da observância daqueles apresenta-se como imprescindível instrumento para a concretização destes, especialmente para assegurar o núcleo mínimo em que se baseiam tais direitos e a própria república: a dignidade da pessoa humana.

Muito relevante a relação entre os dois temas e para justificar tal relevância, apoiamo-nos novamente nas brilhantes palavras de Luís Roberto Barroso sobre o tempo atual:

A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo e injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa<sup>267</sup>.

A compreensão do sentido de ter a república como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana deve partir da consideração do princípio material subjacente a que se refere

---

<sup>266</sup> *Op. cit.* p. 117.

<sup>267</sup> *Op. et loc. cit.*

Canotilho: “Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* (Pico Della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et ficator*)”<sup>268</sup>.

Prossegue o mestre asseverando justamente que, diante das experiências históricas de aniquilação do ser humano, apresenta-se a dignidade da pessoa humana como o reconhecimento do indivíduo como “limite e fundamento do domínio político da República”<sup>269</sup>. Não é o indivíduo que serve ao Estado, mas o contrário.

Assim, devem ser ressaltados dois aspectos, sendo o primeiro deles a possibilidade de que o indivíduo, a quem serve o Estado, tornar-se cidadão, mediante certos requisitos, e participar ativamente da formação da vontade daquele e, ao mesmo tempo, do controle de seus atos, como verificado acima, inclusive com instrumentos como, por exemplo, o direito de petição e a ação popular (CF, art. 5º, XXXIV, “a”, e LXXIII).

O segundo aspecto a ser ressaltado é de caráter material e deve dirigir a atividade administrativa, que, evidentemente, nunca poderá deixar de prestar homenagem a este fundamento da República. Nos socorremos novamente dos preciosos ensinamentos de Canotilho:

Por último, a dignidade humana exprime a abertura da República à idéia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprime esta idéia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer ‘tese’, ‘dogma’, ‘religião’, ou ‘verdade’ de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente (J. Raws)<sup>270</sup>.

Daí a necessidade de razoabilidade por meio da racionalidade e de controle racional por meio de motivação adequada que justifique a providência administrativa em razão das diversas finalidades normativas, não se podendo esquecer das palavras de José Afonso da Silva:

*Dignidade da pessoa humana* é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido

---

<sup>268</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 225.

<sup>269</sup> *Op. et. loc. cit.*

<sup>270</sup> *Op. cit.* pp. 225-226

como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana<sup>271</sup>.

Todas estas observações, contudo, foram feitas a partir da suposição de ser possível a colisão entre os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, bem como os princípios constitucionais implícitos da administração pública e, de modo geral, todos os princípios constitucionais materiais, com o da eficiência. Já vimos que isto não ocorre, pois, como postulado interpretativo, a eficiência deve ser verificada em um plano diverso de linguagem – no mesmo em que se encontram, por exemplo, a razoabilidade e a proporcionalidade.

## CONCLUSÕES

1. O princípio da eficiência da administração pública surge expressamente no Direito Constitucional Brasileiro num momento de mudanças paradigmáticas que promovem um deslocamento das ciências humanas em geral em direção à racionalidade “pós-moderna”, que, paulatinamente, vai ocupando espaços deixados pelo esgotamento de algumas idéias da modernidade.

---

<sup>271</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.999.

2. Esta mudança de paradigmas ocorre ao mesmo tempo em que se verifica um desgaste do modelo estatal burocrático, sendo crescente a tendência de substituição dele pelo modelo gerencial para a administração pública.
3. Ambas as mudanças de contexto, embora não possam ser olvidadas quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais, são por estas condicionadas ao ingressarem no âmbito jurídico, tendo apenas os efeitos por ele admitidos.
4. A Constituição da República Federativa do Brasil tem notório caráter promocional, sendo nítido nela o fim de construção de um Estado democrático e com justiça social, tarefa que incumbe a todos os entes, órgãos e agentes a quem ela atribuiu competências.
5. O Direito – e, em conseqüência, o Direito Constitucional – é constituído pela linguagem e em seu contexto se desenvolve sua concretização, ou seja, efetiva aplicação a situações fáticas. Esta atividade se desenvolve sob os aspectos sintático, semântico e pragmático, no bojo de um processo pautado pela cláusula do devido processo legal, processo este que deve ter o caráter mais plural possível.
6. Referido processo de concretização tem caráter constitutivo e não declaratório do conteúdo das normas, uma vez que a linguagem constitui e não designa a realidade. Tal constituição do sentido das normas constitucionais somente é possível em sua completude diante de cada situação concreta, que exerce influência sobre a compreensão dos signos normativos recebendo também influência destes para sua adequada interpretação.
7. Consideradas estas características, necessário se faz que o enfoque da dogmática constitucional seja deslocado do objeto interpretado para a atividade de interpretação e aplicação, impondo-se, cada vez com mais intensidade, o dever de motivação racional das decisões, tanto administrativas como jurisdicionais.
8. Os já consagrados postulados da interpretação constitucional, como o da unidade, o do efeito integrador, o da máxima efetividade, o da justeza ou conformidade funcional, o da concordância prática e o da força normativa da constituição servem de parâmetro para o processo de concretização constitucional, reduzindo o âmbito de indeterminabilidade do conteúdo das normas, notadamente dos princípios.

9. As peculiaridades das normas constitucionais demandam dogmática própria, marcada pela maior compatibilidade da interpretação dos princípios, em consonância com todos os sistemas sociais abrangidos pelo sistema constitucional.

10. Segundo a estrutura lógica, podemos classificar as normas constitucionais em regras e princípios, aquelas sendo mandamentos definitivos, aplicáveis por subsunção, após construído seu sentido, estes mandamentos de otimização de determinados valores, aplicáveis mediante ponderação, dada a maior abrangência de sua hipótese de incidência e, assim, a constante ocorrência de colisões entre eles.

11. A dogmática constitucional é teoria paraconsistente, uma vez que a lógica a ela subjacente não repele a contradição, mas a trabalha, delimitando campos mais favoráveis às tomadas de decisão, com a maior determinabilidade e a menor inconsistência possível.

12. A despeito do postulado da unidade constitucional, sob o aspecto sintático, podem ser identificados na constituição princípios que se encontram em níveis diversos de linguagem, desempenhando papéis diferenciados no processo de concretização.

13. Princípios constitucionais em sentido estrito são mandamentos de otimização que se aplicam a fatos, servindo de fundamento às regras (explícitas ou implícitas) que os disciplinam.

14. Postulados constitucionais interpretativos têm a mesma conformação lógica que os princípios em sentido estrito, mas se situam em um plano superior de linguagem, disciplinando as relações entre eles.

15. Sobreprincípios, dos quais são exemplos o devido processo legal e o Estado Democrático de Direito, são princípios que desempenham função específica por constituírem o núcleo axiológico que fundamenta a ordem constitucional e condicionarem a aplicação de todos os princípios e postulados.

16. O devido processo legal, no contexto de um Estado Democrático de Direito, expele do âmbito da validade jurídica todo ato afrontoso aos direitos fundamentais e aos princípios da constitucionalidade, democrático, da legalidade, da separação dos poderes, da segurança jurídica e da justiça social, podendo ser considerado o centro gravitacional da dogmática jurídico-constitucional.

17. A administração pública tem sofrido relevantes transformações, impostas pelo desenvolvimento da ciência da administração e pela conjuntura econômica, sendo, contudo, impossível a identificação clara da adoção pelo ordenamento jurídico, mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, da adoção de uma determinada doutrina, devendo a disciplina constitucional correspondente ser compreendida de modo aberto e em consonância com os valores emergentes.

18. Segundo a classificação aqui proposta, são princípios, *lato sensu*, da administração pública, entre outros, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência, a finalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a motivação, o controle efetivo, e a responsabilidade do Estado.

19. Destes, são postulados constitucionais interpretativos a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência.

20. A expressão eficiência empregada no art. 37, *caput*, da Constituição da República deve ser entendida em sentido amplo, não limitado ao aspecto econômico e abrangente do campo semântico de expressões correlatas como eficácia, efetividade, produtividade, etc.

21. A previsão expressa da eficiência entre os princípios constitucionais da administração pública apenas tornou extrema de dúvidas o que já era implícito na Constituição, não havendo efetivamente inovação na ordem constitucional.

21. O princípio (*lato sensu*) da eficiência é na verdade postulado constitucional interpretativo que disciplina as relações entre os princípios em sentido estrito, impondo a máxima realização dos valores consagrados constitucionalmente com o mínimo sacrifício de princípios em colisão.

22. O postulado da eficiência, assim, tem íntima relação com o já consagrado postulado da máxima efetividade das normas constitucionais que, somado ao dever de boa administração, consagrado no Direito Italiano, conformam o núcleo de seu sentido.

23. Desta maneira, o postulado constitucional da eficiência é mandamento de otimização dos princípios constitucionais da administração pública, impondo a adoção de decisões que atribuam a maior eficácia possível ao princípio prevalente com o menor aviltamento do princípio afastado diante de uma colisão.

24. Daí decorre o dever de adoção da solução ótima pela Administração Pública, sempre que haja competência discricionária, controlável o atendimento a tal dever pelo Poder Judiciário dentro dos limites da determinabilidade racional, por procedimento argumentativo, do conteúdo dos princípios envolvidos.

25. Dado o papel desempenhado pela eficiência no sistema constitucional de princípios (postulado interpretativo), não é possível a colisão entre a eficiência e os princípios *stricto sensu* da administração pública ou quaisquer outras normas de tal categoria.



## BIBLIOGRAFIA

Aarnio, Aulis. *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1.987.

Abate, Bernard. *La nouvelle gestion publique*. Paris: L.G.D.J., 2.000.

Abbagnano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2.003.

Alexy, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2.001.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Aragão, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo. v. 237. Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 2.004.

\_\_\_\_\_. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo*. Revista de Direito Administrativo. v. 225. Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 2.001.

Araújo, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2.005.

Association Services Publiques. *Un contexte nouveau in L'Etat moderne et l'administration*. Coord. Join-Lambert, Cristian. Paris: L.G.D.J., 1.994.

Atienza, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002.

Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios Constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.006.

Barcelos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2.002.

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.004.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo. v. 240. Rio de Janeiro: Renovar. Abr./jun. 2.005.

- Barthes, Roland. *Elementos de semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. 15ª ed. São Paulo: Cultrix, 2.005.
- Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2.002.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da moralidade no direito público*. Revista dos Tribunais. v. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1.998.
- Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.006.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2.004.
- \_\_\_\_\_. *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.004.
- Bucci, Ana Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2.002.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2.004.
- Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1.999.
- Cardozo, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do Direito*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1.978.
- Carvalho, Fábio Romeu de. *Lógica paraconsistente aplicada em tomadas de decisão – uma abordagem para a administração de universidades*. São Paulo: Aleph, 2.002.
- Coelho, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.001.
- Costa, Newton C. A. da. *O conhecimento Científico*. São Paulo: Discurso Editorial, 1.997.
- Craig, P.P. *Administrative Law*. Londres? Sweet & Maxwell, 1.983.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 11ª edição, 1999.
- Dias, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2.004.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10 ed. Buenos Aires: Coidad Argentina, 2.004.
- Duguit, Leon. *L'État lê droit objectif et la loi positive*. Paris: Dalloz, 2.003.
- Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2.003.
- \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Eco, Humberto. *Tratado Geral de Semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson César Cardoso de Souza; São Paulo: Perspectiva: 2.002.

Enterría, Eduardo García de. *La constitucion como njorma y el tribunal constitucional*. Madrid : Civitas, 1988

Falzone, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1953.

Ferraz Jr. Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica- Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa-* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Et alii. Constituição de 1988 – Legitimidade – Vigência e Eficácia – Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1.989.

Figueiredo, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.003.

Filho, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2.005.

Flogaïtis, Spyridon. *Administrative law et Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo:Max Limonad, 2.000.

Gabardo, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2.002.

Galligan, Denis J. *La discrezionalità amministrativa*. Trad. Francesca Innamorati. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1.999.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2.003.

Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.005.

\_\_\_\_\_. *et alii. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2.003.

\_\_\_\_\_. *et alii. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2.003.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.000.

Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1.988*. São Paulo: Malheiros, 2.003.

Guibourg, Ricardo. *El fenómeno normativo – Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles Del análisis jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

\_\_\_\_\_. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Ayres: Astrea, 6ª ed. 2.002.

Guimarães, João Lopes. *Reforma Administrativa*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1.998.

Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1.997.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Editorial Tecnos, 2.002.

Jakobson, Roman. *Lingüística e comunicação*. São Paulo: Cultrix, 1.995.

Jackson, Bernard S. *Semiotics and legal theory*. Nova York: Routledge & Kegan Paul, 1.985.

Join-Lambert, Christian (coord.). *Un contexte nouveau in L'Etat moderne et l'administration*. Association Services Publiques. Paris: L.G.D.J., 1.994.

Justen Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2.005.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Baptista Machado. 7a ed. São Paulo, 2.007.

Kitic, Dusan. *Aspects juridiques de la privatisation et des investissements étrangers dans les pays d'Europe Centrale et Orientale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1.995.

Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1.997.

Laubardère, André de. *Traité de Droit Administratif*. 15ª ed. Paris: L.G.D.J., 1.999.

Leite, George Salomão et alii. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2.003.

Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987

Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: 31ª ed. Malheiros, 2.005.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2.005.

\_\_\_\_\_. *Discricionariade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1.998.

Marques Neto, Agostinho Ramalho et alii. *Direito e neoliberalismo – Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1.996

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.002.

Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

\_\_\_\_\_. *Evolução Científica do Direito Administrativo* in RDA 83/1.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2.004.

Modesto, Paulo *et alii*. *Direito do Estado – Novos rumos*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 2.001.

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2.005.

\_\_\_\_\_. *Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98*. São Paulo: Atlas, 1.999.

Moro, Sérgio Fernando. *Concretização da constituição, função legislativa, função administrativa e função jurisdicional*. Revista Trimestral de Direito Público. v. 21. São Paulo: Malheiros. 1.998.

Morris, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*. Trad. José Jovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 2.003.

Nero, João Del. *Interpretação realista do Direito – e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987.

Nobre Jr. Edílson Pereira. *Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência*. Revista de Direito Administrativo. v. 241. Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 2.004.

Perelman, Chaïm. *Lógica jurídica – Nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Puceiro, Enrique Zuleta *et alii*. *Interpretación de la ley – Casos y materiales para su estudio*. Buenos Aires: La Ley, 2.003.

Queiroz, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2.000.

Reis, Carlos Vasconcelos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2.003

Sánchez, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1.998.

Scavino, Dardo. *Filosofía actual – pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1.999.

Schmitt, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1.996.

Schooten, Hanneke van *et alii*. *Semiotics and Legislation – Jurisprudential, Institutional and Sociological Perspectives*. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1.999.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.999.

Silva, Virgílio Afonso da *et alii*. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2.005.

Tavares, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2.005.

\_\_\_\_\_. *et alii. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos.* São Paulo: Saraiva, 2.005.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law.* Mineola, New York: The foundation Press, Inc, 1.978.

Troper, Michel. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État.* Paris: Léviathan – Presses Universitaires de France, 2.001.

Wright, Georh Henrik von. *Norm and action – A logical enquiry.* London: Routledge & Kegan Paul, 1.971.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Trad. Marina Gascón. 5ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)