



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA
ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO DECORRÊNCIA DO
NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

Salvador
2011

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA
ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO DECORRÊNCIA DO
NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em direito público.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Salvador
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO DECORRÊNCIA DO NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro - Orientador
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Salvador, 13 de Maio de 2011.

P
P
G
D
—
U
F
B
A

DEDICO a João Guilherme, meu filho, com carinho

AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO, primeiramente, a Deus e à minha família, especialmente a Andrea e a minha mãe, pelo incentivo e pela paciência...

Ao Professor Celso Braga de Castro, meu primeiro professor de Direito (ainda no curso de Engenharia Elétrica em meados dos anos 90), pela orientação, acompanhamento e discussão desta pesquisa no mestrado, bem assim por desenvolver em mim, a partir da origem na graduação em Direito, o interesse pelo direito administrativo e o viés questionador.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho, pelo exemplo da organização e da disciplina sempre desejáveis ao pesquisador e imprescindíveis ao magistrado pesquisador, principalmente não afastado das atividades judicantes. Sou grato ainda pelo fraterno apoio e pelas contribuições metodológicas apresentadas ao longo de todo o desenvolvimento deste trabalho. “Avôhai!”

Ao Professor José Roberto Freire Pimenta, pelo paradigma de compromisso conjugado entre a atividade jurisdicional eficiente e o incessante aperfeiçoamento técnico. Proporciona-me (desde o início em Minas Gerais) inspiração para este perfil de atuação judicante, postura da qual derivaram em grande medida as inquietações motivadoras desta pesquisa.

Ao Professor Ricardo Maurício, pelo estímulo constante à pesquisa, pelas valorosas lições de teoria geral do direito e pelo edificante convívio acadêmico que remonta à época da honrosa coordenação do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas.

Aos demais Docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito, nas pessoas das Professoras Mônica Aguiar e Maria Auxiliadora, pelo convívio estimulante neste palco de férteis reflexões em prol da concretização dos direitos fundamentais. A Ramanita e aos servidores da Secretaria do Programa, em especial a Luiza e a Jovino, pela inestimável presteza e cooperação.

A todos os colegas de mestrado das turmas de 2009 e 2010, nas pessoas de Cláudio Dias, Lília Mesquita e Lucas Oliveira, pela troca de ideias e pelo companheirismo “nos momentos bons e nos momentos maus”.

A todos os amigos, em especial, a Rosângela Lacerda, “litisconsorte” em diversas empreitadas, a João Batista, parceiro de ideias e ideais, e a Carla Mariani, pelas conversas e sugestões.

Obrigado a todos!

“Algumas vezes olhando o espelho, pareceu-me entender a história.
Devia ser assim que os reis se vestiam dos fatos e nus passavam a
coroa aos filhos”.

(Affonso Romano de Sant’Anna)

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do
tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não
nasceu”.

(Boaventura de Souza Santos)

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01	Comparação entre processos novos no Supremo Tribunal Federal em 1988 e 2009	119
Gráfico 02	Comparação entre processos novos no Superior Tribunal de Justiça em 1990 e 2010	119
Gráfico 03	Comparação entre processos novos no Tribunal Superior do Trabalho em 1988 e 2009	120
Gráfico 04	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes no segundo grau da Justiça Federal em 2009	121
Gráfico 05	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes na cognição no primeiro grau da Justiça Federal em 2009	121
Gráfico 06	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes na execução no primeiro grau da Justiça Federal em 2009	122
Gráfico 07	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes no segundo grau da Justiça do Trabalho em 2009	122
Gráfico 08	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes na cognição no primeiro grau da Justiça do Trabalho em 2009	123
Gráfico 09	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes na execução no primeiro grau da Justiça do Trabalho em 2009	123
Gráfico 10	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes no segundo grau da Justiça Estadual em 2009	124
Gráfico 11	Comparação entre processos baixados e casos novos e pendentes no primeiro grau da Justiça Estadual em 2009	124

RESUMO

O presente trabalho propõe a aplicação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional como decorrência do novo papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira. O pós-positivismo jurídico e a superação do modelo teórico do Estado liberal trouxeram à sociedade contemporânea uma mudança de perspectiva. A clássica divisão de poderes oriunda do paradigma do Estado moderno ofuscou, em certa medida, a percepção de algo evidente: o Poder Judiciário, no exercício integral de todas as suas atividades, ou seja, não apenas daquelas tipicamente administrativas, mas também e principalmente no que tangencia às precípuas e finalísticas, integra efetivamente a Administração Pública. Dessa premissa, considerando ainda a força normativa do princípio da eficiência administrativa que é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, deriva a consequência da existência de um dever do Poder Judiciário, perante os cidadãos, de apresentar uma gestão de resultados efetivos em termos de acesso à Justiça, para a concretização de direitos fundamentais. O alcance de tais resultados, por seu turno, é diretamente fomentado pela observância da eficiência administrativa na própria prestação jurisdicional. A argumentação utilizada nos fundamentos das decisões jurisdicionais deve ser vetorizada por este princípio, na direção da plena concretização do direito de ter acesso à Justiça, o que, em última análise, confere condições concretas de fazer valer direitos fundamentais ao cidadão.

Palavras-chave: função jurisdicional, eficiência administrativa, princípios, pós-positivismo jurídico.

ABSTRACT

This dissertation proposes the application of the principle of efficiency in the judicial activity as a result of the new role of the judiciary in Brazilian society. The legal post-positivism and the overcoming of the theoretical model of the liberal state has brought a change of perspective to contemporary society. The classic division of powers as per the paradigm of the modern state has obscured the perception of something evident: the Judiciary, in the full exercise of all their activities, that is, not just those typically administrative, but also and especially with regard to main attributions, effectively integrates the Public Administration. Given this premise and considering the normative force of the principle of administrative efficiency, that is inherent to democratic rule of law, derives the consequence of the existence of a duty of the judiciary, to the citizens, to present a management results in terms of access to justice for the achievement of fundamental rights. The achievement of such results, in turn, is directly promoted by the observance of administrative efficiency in the adjudication itself. The arguments used in the foundations of judicial decisions should be vectored by this principle, towards the full realization of the right of access to justice, which ultimately gives the concrete conditions of enforcing fundamental rights to citizens.

Keywords: the judicial function, administrative efficiency, principles, legal post-positivism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DO LIBERAL AO PÓS-MODERNO	18
2.1 O PARADIGMA DA MODERNIDADE NO ESTADO LIBERAL	18
2.2 A VINCULAÇÃO À LEGALIDADE E SEUS REFLEXOS	22
2.3 ALGUNS TRAÇOS DO POSITIVISMO JURÍDICO	26
2.4 OS INFLUXOS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO	30
2.4.1 Da legalidade à juridicidade	32
2.4.2 Ascensão dos princípios no ordenamento jurídico	34
2.4.3 O novo papel do juiz	37
3 UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS E DE SUA FORÇA NORMATIVA	40
3.1 PRINCÍPIOS EM LINHAS GERAIS	40
3.2 A CONCEPÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO	41
3.3 PRINCÍPIOS EXPRESSOS E IMPLÍCITOS?	42
3.4 A CLÁSSICA FUNÇÃO INTEGRATIVA E A FORÇA NORMATIVA	43
3.5 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO PARA RONALD DWORKIN	45
3.6 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO PARA ROBERT ALEXY	49
3.6.1 Conflito de princípios e relação de precedência condicionada	51
3.6.2 Máxima da proporcionalidade	54
3.6.2.1 Adequação e necessidade	54
3.6.2.2 Proporcionalidade em sentido estrito	57
3.7 A CRÍTICA DE HUMBERTO ÁVILA	58
3.8 PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	62
3.9 PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE	65
4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	69
4.1 UMA REFLEXÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA	69
4.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E O CARÁTER CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO	71
4.3 A TÔNICA DA REFORMA DO ESTADO	73
4.4 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO	78
4.4.1 Princípio da boa administração e a eficiência na Itália	78

4.4.2 Boa administração na Comunidade Europeia	80
4.4.3 A eficiência administrativa nas Constituições de outros países	81
4.5 ELEMENTOS PARA CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	84
4.6 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO	89
4.7 SINDICABILIDADE DA CONDUTA EFICIENTE	91
4.7.1 Revisita à relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade	91
4.7.1.1 Teoria da multivalência do suposto fático	92
4.7.1.2 Teoria da univalência do suposto fático	94
4.7.2 Controle sobre a eficiência administrativa	97
4.8 EFICIÊNCIA COMO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE	100
4.9 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE: UMA DICOTOMIA?	104
4.10 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	107
5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO DECORRÊNCIA DO NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE BRASILEIRA	110
5.1 EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL E ACESSO À JUSTIÇA	110
5.1.1 Acesso à Justiça no pós-positivismo jurídico	113
5.1.2 Eficiência para cumprir uma promessa-síntese das garantias no processo	115
5.2 REDIMENSIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E EFEITOS COLATERAIS	117
5.2.1 Justiça Federal	120
5.2.2 Justiça do Trabalho	122
5.2.3 Justiça estadual	124
5.2.4 Considerações gerais	125
5.3 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E POSSÍVEIS CAUSAS	125
5.3.1 A cultura demandista	126
5.3.2 Celeridade para quem?	127
5.3.3 A complexidade crescente de teses e litígios	128
5.3.4 A formação do juiz	130
5.4 ATIVIDADE JURISDICIONAL EFICIENTE	132

5.4.1 Redução de “tempos mortos” no processo	136
5.4.2 Tutelas de urgência	139
5.4.3 Precedentes majoritários de argumentação	142
5.4.4 Coletivização de litígios	147
5.4.5 Eficácia de soluções extrajudiciais	149
5.4.6 Combate à má-fé processual	155
5.4.7 Efetividade na execução do julgado	159
6 CONCLUSÕES	165
REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO

Convive-se com um deficit de cidadania.

A afirmação poderia soar estranha, especialmente no panorama brasileiro, ao se considerar passados mais de vinte e dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1998, que prometia resgatar o primado dos princípios de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O que se percebe, no entanto, é que não foi efetivamente cumprida grande parte daquelas promessas de direitos e garantias fundamentais, seja pelo descumprimento omissivo ou comissivo por parte do Poder Executivo, no que tange ao dever de aplicação de inúmeros dispositivos constitucionais, seja mesmo pela inércia do Poder Legislativo, deixando de regulamentar tantos outros. Quando as vias de recíproca conformação entre Constituição e sociedade encontram-se obstruídas, resta ao Poder Judiciário resgatar os valores cidadãos, tutelando a efetivação dos ditames constitucionais.

Ocorre que se o longo período de autoritarismo, ao suprimir a eficácia de garantias constitucionais e legais, atrofiou, por um lado, o amadurecimento natural de uma consciência de cidadania no indivíduo para composição dos conflitos entre particulares e com o Estado, também dificultou e inibiu, por outro, o seu acesso ao Poder Judiciário em busca da solução litigiosa. Em consequência, com a aguardada reabertura política do país e, em paralelo, com o advento da “Constituição cidadã”, toda a demanda reprimida da sociedade em termos de solução de conflitos passou a ser canalizada para o processo judicial.

O ajuizamento de ações judiciais se multiplicou em escala gigantesca ao longo das duas últimas décadas, trazendo consigo uma demanda extremamente superior à capacidade de absorção pelo Poder Judiciário. Quando a tutela do direito material não consegue ser entregue em tempo razoável e de forma qualitativamente satisfatória, não é possível se pensar em processo de resultados. Trata-se inequivocamente de um exercício ineficiente da função jurisdicional.

Em sede doutrinária e depois legislativa, diversas foram as soluções propostas para superar a crise de efetividade que envolve o Poder Judiciário enquanto instituição. No âmbito do direito processual, é possível identificar, a título exemplificativo, o regime das tutelas de urgência, a súmula vinculante, a coletivização dos litígios coletivos, a busca por formas alternativas de composição dos conflitos, além de novos mecanismos de reforço e agilidade para a consecução da tutela executória. Em que pesem estes esforços, não se vê melhoria substancial para o problema em sua totalidade, sendo certo que o volume de

processos em tramitação e o congestionamento nos diversos graus de jurisdição não apresentam nenhum alento.

Em verdade, de nada adianta o refinamento da técnica processual se o juiz, enquanto reitor do processo, não incorpora os valores destas mudanças na direção e no sentido a que estas se propõem caminhar, quais sejam, os de um processo de concretos e efetivos resultados. Em termos metafóricos, é o mesmo que disputar uma corrida dirigindo uma Ferrari, mas pensando se tratar de um Fusca. Nada muda se o juiz não se encontra vinculado a interpretar e aplicar a norma processual a partir de parâmetros adequados a estas inovações, parâmetros de eficiência, tendo em vista a plena concretização do princípio de acesso à Justiça e dos direitos fundamentais.

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo visou essencialmente a investigar, como objetivo geral, se, no paradigma do pós-positivismo jurídico e considerando a consequente força normativa conferida aos princípios, é possível vincular a atuação do Poder Judiciário à observância do princípio da eficiência administrativa nos próprios argumentos de fundamentação das decisões no âmbito jurisdicional.

Não se tratou do cumprimento de prazos legais para prolação de decisões jurisdicionais ou metas para tramitação e conclusão de processos judiciais, deveres estes de eficiência que sempre contaram com a fiscalização das Corregedorias e, recentemente, passaram a ter um acompanhamento organizado e sistemático em todo o Brasil a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça em 2004.

Pelo contrário, o que se buscou foi saber se o juiz está ou não adstrito a considerar o princípio da eficiência administrativa como norte interpretativo de sua própria atuação, no exercício da prestação jurisdicional em si mesma. Foi considerar aqui o Poder Judiciário reflexivamente como objeto de suas próprias decisões, para saber se a argumentação utilizada deve (e como deve, sendo o caso) ser vetorizada pelo princípio em questão.

A abordagem teve caráter interdisciplinar no Direito, conjugando elementos basicamente de três eixos principais: teoria geral do direito, direito administrativo e direito processual civil. Partiu-se da premissa metodológica de que o conhecimento especializado em cada seara do Direito não é estanque, convivendo em uma relação harmônica de recíproca influência e dependência, tanto com os demais ramos, quanto também com as outras ciências, até porque “como todas as ciências nada mais são senão a sabedoria humana, que sempre permanece uma e a mesma, seja qual for a diferença dos assuntos aos quais é aplicada, [...]”

não é necessário impor aos espíritos nenhum limite”¹.

Como pressupostos, o estudo teve por objetivo específico, em primeiro lugar, pesquisar qual concepção teórica ou paradigmática pode tratar ou evidenciar o atual papel dos princípios no ordenamento jurídico, quais as suas justificativas e qual a evolução de suas condicionantes históricas e científicas.

Como meta de caráter específico, em segundo, procurou avaliar, ainda no âmbito da teoria geral do direito, a atual conformação que a doutrina e a jurisprudência conferem aos princípios, bem assim se há falar em autêntica força normativa que lhes seja própria ou característica. Como lidar com os conflitos entre as espécies normativas e como controlar a racionalidade da solução possível.

Em terceiro, objetivou também a delimitar o conceito do princípio da eficiência administrativa, o investigando em seus aspectos mais relevantes, tais como sua origem, sua vinculação ao Estado Democrático de Direito, o tratamento na doutrina administrativista e na jurisprudência, os elementos para sua conceituação, as possibilidades de controle e fiscalização, a relação conflituosa com a questão da legalidade, tudo de modo a averiguar a adequação possível à atividade típica do Poder Judiciário.

Por fim, em quarto, buscou detectar a possível interdependência existente entre o princípio da eficiência administrativa e o direito fundamental de ter acesso à Justiça. Vale dizer, em que medida, sob o ângulo da atuação do Poder Judiciário, estas espécies normativas podem conviver e se relacionar.

A realização do presente trabalho teve como base o método hipotético-dedutivo, a partir da eleição da proposição hipotética fundamental definida neste trabalho: no caso, a aplicação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional como decorrência do novo papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira.

O método de René Descartes foi fundamental para o desenvolvimento do trabalho, ao definir a proposta de trabalho consoante as seguintes diretrizes: primar pela clareza na pesquisa²; proceder à análise, dividindo o problema em tantas parcelas quantas possíveis e necessárias a alcançar a melhor solução³; ordenar o raciocínio, iniciando pelos objetos mais simples em direção aos mais complexos e compostos⁴; por fim, enumerar os elementos, de

¹ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.2.

² *Ibidem*, p.11-17.

³ *Ibidem*, p.29-30.

⁴ *Ibidem*, p.31-36.

modo a ter a visão geral do trabalho⁵. Foi ainda adotada, em boa medida, a contribuição de Francis Bacon, no sentido de identificação e superação dos obstáculos (“ídolos”) à pesquisa, relacionados a dogmas e preconceitos⁶, em cotejo com o método do racionalismo crítico de Karl Popper, pela constante submissão das teses formuladas ao longo do trabalho a consistentes refutações⁷.

O procedimento instrumental adotado foi o estudo do material bibliográfico e de dados estatísticos constantes em sites de Tribunais superiores e do Conselho Nacional de Justiça.

No primeiro capítulo foram abordados, numa visão panorâmica, os elementos que contribuíram para o advento do pós-positivismo jurídico a partir do paradigma do Estado moderno. Partiu-se do pressuposto de que a correta compreensão da configuração atual dos princípios e do próprio papel do juiz reclamava a percepção dos seus principais condicionantes históricos e científicos.

Para tanto, foram exploradas inicialmente as condições em que o projeto do Estado liberal fora concebido e os principais interesses ali tutelados, com ênfase no dever de vinculação à legalidade pela Administração Pública. Identificado como projeto político da classe burguesa, foi ressaltado o papel da lei enquanto limitadora do Estado e garantidora das liberdades individuais, bem assim os seus efeitos restritivos sobre o exercício da função jurisdicional.

Em momento posterior, também foram apreciados traços do positivismo jurídico, vinculando-o ao imperativo de segurança jurídica que justificaria a aplicação do Direito a partir da exclusão dos elementos fático-valorativos. Neste particular, um destaque especial foi concedido à teoria de Hans Kelsen, enquanto representante mais proeminente desta escola.

A partir da crítica que desencadeara a crise do modelo do positivismo jurídico, foram identificados os influxos do pós-positivismo jurídico, calcado em um redimensionamento da função e da força normativa dos princípios no ordenamento jurídico, evoluindo da vinculação à legalidade ao conceito contemporâneo de juridicidade. Ao final, foram identificados os caracteres que apontavam para um novo papel do juiz dentro deste novo paradigma da ciência do Direito.

No segundo capítulo foi realizada basicamente uma releitura dos princípios e de

⁵ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.39-44.

⁶ BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.40-41.

⁷ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.16.

sua força normativa. Considerou-se, a tanto, que o pós-positivismo jurídico propiciara as condições necessárias a que os princípios passassem a desempenhar outro papel na interpretação e na aplicação do Direito.

Numa primeira abordagem foram tratadas noções básicas em torno dos princípios e o seu posicionamento dentro de uma concepção sistêmica do Direito. Também foi evidenciada a distinção entre princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico, bem assim a função integrativa que lhes era classicamente direcionada.

Avançando na perspectiva do pós-positivismo jurídico, foram identificadas as concepções de princípios em Ronald Dworkin e Robert Alexy, teorias estas reconhecidas como duas das mais relevantes contribuições da atualidade sobre o tema. Foram estudadas as formas de resolução dos conflitos de princípios e as condições para o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada.

Foi discutida a crítica de Humberto Ávila. Avançou-se para uma investigação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em torno desta nova concepção de princípios. Encerrou-se com a discussão em torno de mecanismos de controle da racionalidade na utilização da técnica de ponderação.

O terceiro capítulo tratou do princípio da eficiência administrativa, a partir da concepção proposta de princípio no novo paradigma da ciência do Direito. Inicialmente foi destacado o tratamento distinto que a matéria requer entre as abordagens das ciências da administração e do Direito. Foram observados os seus antecedentes no ordenamento jurídico brasileiro e a sua natureza constitucional implícita. Adiante, foram tratados os condicionantes políticos que vincularam a sua positivação em texto constitucional.

O estudo prosseguiu com a identificação da disciplina do princípio da eficiência administrativa no direito estrangeiro, destacando o desenvolvimento no direito italiano. Considerando a concepção do pós-positivismo jurídico e levando em conta ainda elementos decorrentes da contribuição da doutrina brasileira, foi proposto um conceito de princípio da eficiência administrativa, sendo ainda avaliadas as condições de fixação do dever de eficiência como postulado normativo aplicativo.

Para tratar da possibilidade de controle e de fiscalização do princípio da eficiência administrativa, foi analisada a existência ou não de conexão entre as noções de poder discricionário, liberdade e arbítrio. Foi revisitada ainda a relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, discorrendo-se sobre as teorias da multivalência e da univalência do suposto fático.

Foi observado como o princípio da eficiência administrativa tem sido tratado pelo

Supremo Tribunal Federal na fundamentação de suas decisões. Por fim, foi pesquisado se existe uma dicotomia entre o princípio da eficiência administrativa e a vinculação à legalidade.

No quarto capítulo, foi apreciada a aplicação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional como decorrência do novo papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira. A abordagem se iniciou com a investigação em torno da ligação entre o princípio da eficiência administrativa aplicado nas decisões jurisdicionais e o princípio do acesso à Justiça, ambos inseridos no modelo do pós-positivismo jurídico. Foi discutido como a eficiência pode se prestar a fazer cumprir a promessa-síntese das garantias constitucionais no processo.

Em seguida, foi tratada a evolução da crise do Poder Judiciário, com a apresentação de dados estatísticos. Foram também observados os reflexos da cultura demandista sobre a entrega da prestação jurisdicional, a circunstância de que nem todos os jurisdicionados almejam a solução rápida do processo, a complexidade crescente de teses e litígios e a influência da formação do juiz.

Por fim, foi apresentada uma proposta de um modelo de concretização do princípio da eficiência nas decisões jurisdicionais, ilustrada por intermédio de modelos de teste na redução de “tempos mortos” no processo, nas tutelas de urgência, com os precedentes majoritários de argumentação, na coletivização de litígios, na valorização da composição extrajudicial, no combate à má-fé processual e conferindo efetividade na execução dos julgados.

2 DO LIBERAL AO PÓS-MODERNO

2.1 O PARADIGMA DA MODERNIDADE NO ESTADO LIBERAL

O conceito de princípio e o papel do Poder Judiciário se mostram como questões sob as quais foram amadurecidas e operadas diversas transformações no âmbito da ciência do Direito. Entender hoje as novas configurações reclama, portanto, acompanhar os fatores históricos condicionantes do advento do atual paradigma do pós-positivismo jurídico e suas principais características. O ponto de partida da análise se encontra na busca pelas origens do pensamento liberal.

A história evidencia que a mesma burguesia que durante a Idade Média se aliara ao príncipe em oposição ao poder descentralizado típico do feudalismo – poder este cerceador da atividade econômica por intermédio de suas práticas e leis –, em momento posterior se opôs ao decorrente Estado centralizado e absoluto, propugnando pela prevalência do ideário liberal.

Conforme a teoria do liberalismo burguês, o poder de coerção exercido pelo Estado aparecia como a mais grave ameaça à liberdade absoluta desfrutada pelo indivíduo em seu estado de natureza, tornando imperioso conter a autoridade do príncipe. Paulo Bonavides sustenta que o poder, do qual não podia prescindir o ordenamento estatal, apareceu de início na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Enquanto a sociedade representava historicamente – e depois racionalmente, com Kant –, a ambiência onde o homem fruía de plena liberdade, o Estado implicava na antítese, restringindo a liberdade primitiva⁸.

Não havia ali liberdade religiosa, na medida em que, se o príncipe buscava sua legitimidade na própria divindade com a chancela da Igreja Católica, não lhe interessava a possibilidade de outros credos que pudessem por em xeque sua autoridade. Ademais, a burguesia tampouco tinha acesso ao centro de poder, na medida em que este fora transferido dos senhores feudais diretamente para o príncipe em caráter centralizado, não podendo se falar, portanto, em liberdade política. Por fim, um Estado absoluto onipresente e invasivo inibia fortemente a atividade profissional da classe burguesa, cerceando igualmente sua liberdade econômica.

Dessa forma, conforme acentua José Guilherme Merquior, a luta formadora do

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado social ao estado liberal*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.40.

liberalismo foi um movimento de reivindicação de direitos religiosos, políticos e econômicos e também uma tentativa de controlar o poder político. A cultura moderna, por sua vez, era normalmente associada a uma profusão de direitos individuais, ao passo que a liberdade, enquanto direito fundamental de uma cultura liberal, se relacionava historicamente com o advento da civilização moderna, primeiro no ocidente e, depois, em outras partes do mundo. Liberdade se confundia com modernidade que, ao seu turno, se confundia com individualismo⁹.

O individualismo se tornaria assim a tônica do liberalismo, projetando a importância e a conseqüente necessidade de defesa do singular (o burguês) diante dos ataques e dos abusos do coletivo (o Estado). O regresso ao estado primitivo de liberdade implicava assim em valorizar a essência da individualidade nas abordagens religiosa, política e econômica.

Este paradigma do Estado moderno (ou da modernidade), de acordo com Boaventura de Souza Santos, se assentava em dois pilares fundamentais: o da regulação e o da emancipação, cada um deles constituído por três princípios ou lógicas. O pilar da regulação era composto pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido especialmente na concepção de Locke e Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que dominou toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consistia na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado; o princípio do mercado, na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado; o princípio da comunidade, na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar da emancipação era constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Max Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do Direito¹⁰.

No âmbito desta última racionalidade moral-prática, em cotejo necessário com as demais, é que nasceu a proposta do Estado de Direito – segundo a concepção liberal –, como uma reação em defesa das liberdades individuais, na medida em que preconizava a abstenção estatal de intervir no campo das relações privadas.

Dessa oposição entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do príncipe, segundo Paulo Bonavides, estruturava-se a primeira noção do Estado de Direito mediante um

⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. São Paulo: Nova Fronteira, 1991, p.36.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007, p.50.

ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completou com a filosofia política de Kant. O Estado passava a ser a armadura de defesa e proteção da liberdade. Com esse ordenamento metafísico, neutro e abstencionista, era alcançada uma regra definitiva que consagrasse o papel fundamental do Estado na defesa da liberdade e do Direito¹¹.

Houve assim uma inversão de perspectiva, que trouxe ao centro das atenções o indivíduo, ocupando o local deixado outrora pelo próprio Estado. Pode ser aqui verificado um movimento historicamente conectado com a doutrina do Iluminismo, que revolucionou o pensamento em torno do homem, da sociedade, da política e da economia, gerando inegáveis reflexos também, enquanto objeto cultural, sobre o Direito.

Como disserta Antonio Enrique Pérez Luño, eram três as exigências de conteúdo do Estado de Direito:

a) A necessidade de organização e regulação da atividade estatal, guiada por princípios racionais em direção a uma ordem política justa.

b) A rejeição de todo tipo de fins transcendentais ou exclusivamente pessoais na definição dos objetivos de poder.

c) A limitação das tarefas do Estado à garantia da liberdade, da segurança e da propriedade dos cidadãos, por intermédio da lei¹².

Para Norberto Bobbio, o pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido dicotomicamente como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, era a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do Direito natural: todo e qualquer homem, indiscriminadamente, teria por natureza e, portanto – é importante ressaltar –, independentemente de sua própria vontade e menos ainda da de alguns outros, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à felicidade. O Estado, ou quem detivesse o poder legítimo de exercer a força, deveria respeitar tais direitos e, assim, tanto se abster de invadir, quanto ainda os proteger contra qualquer possível invasão¹³.

O ideário liberal implicava em que o homem fosse reconhecido como portador de direitos fundamentais inatos, os quais lhe deveriam ser rigorosamente garantidos e zelados pela novel concepção de Estado. Em decorrência de tal perspectiva, este mesmo Estado deveria se prestar a defender ali três valores que seriam fundamentais à consecução do projeto da burguesia: a igualdade de todos perante a lei, os limites constitucionais do poder e o direito

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado social ao estado liberal*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.41.

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005, p.226.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4. reimp. da 6.ed. de 1994. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p.11.

de propriedade. Como se percebe, havia verdadeiramente um embate entre uma tese jusnaturalista que, por um lado, garantia os anseios e pretensões da classe burguesa, e outra tese jusnaturalista que, a seu turno, mantinha o Estado forte e centralizador, tal como moldado no antigo regime.

Considerando esta perspectiva abstencionista, a partir da Revolução Norte-americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789 foram fixados os princípios político-econômicos para sustentação do Estado liberal, sintetizados no lema “*laissez-faire, laissez-passer*”. O projeto da modernidade encampava, dessa forma, o valor da liberdade no centro de uma composição filosófica mais ampla. Este pensar é que iria redefinir as relações entre Estado e cidadão, consignando a este um núcleo básico de direitos fundamentais.

Em que pese a sua evidente importância para a democracia como forma de contenção do arbítrio e do despotismo, não é demais enfatizar que o liberalismo se consubstanciava em uma concepção política que privilegiava essencialmente interesses da classe burguesa em ascensão. Os anseios da sociedade como um todo seriam atendidos *quando e na medida em que* coincidentes com aqueles próprios da burguesia.

Consoante adverte Paulo Bonavides, a burguesia, classe dominada, a princípio, e, em seguida, classe dominante, formulava no projeto de modernidade os princípios filosóficos de sua própria revolta social, nada mais fazendo do que os generalizar como ideais comuns a toda a sociedade. No poder, porém, não praticava a universalidade daqueles princípios, a não ser no plano meramente formal. No plano de aplicação política, persistiam como princípios ideológicos de uma classe, traduzindo a contradição mais profunda do Estado moderno. Esta concepção teórica “fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”¹⁴.

Ainda sob uma ótica de crítica dos interesses setoriais da classe burguesa, Antônio Carlos Wolkmer também salienta que, embora tenha o liberalismo assumido, de início, uma forma revolucionária, favorecendo, tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida, quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos, mais tarde, na fase do capitalismo industrial, a elite burguesa assumindo o poder político, consolidou seu controle econômico e começou a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessavam, recusando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo¹⁵.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado social ao estado liberal*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.42-43.

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p.38.

A percepção acerca dos interesses setoriais que movimentaram a origem do Estado moderno permite melhor compreender os influxos determinantes à guinada paradigmática que viria mais adiante.

2.2 A VINCULAÇÃO À LEGALIDADE E SEUS REFLEXOS

No anterior regime absolutista havia grave instabilidade nas regras jurídicas, porque decorrentes basicamente da vontade do príncipe, que concentrava o poder político e igualmente, por via reflexa, a atividade legislativa.

José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que, naquela conjuntura, a economia necessitava especialmente de segurança jurídica, valor não garantido nas práticas e princípios do Estado absoluto, já que frequentes eram as intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o exercício de poder discricionário no que se refere à alteração e à revogação das leis. Toda a construção constitucional liberal confluía então para a certeza do Direito, a segurança jurídica¹⁶. Para este mesmo autor,

a segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. [...] O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico¹⁷.

Neste contexto é que, em defesa dos interesses da burguesia, a vinculação à legalidade começou a se confundir com os valores da segurança e certeza na seara jurídica.

Logo, como condição de sua própria sobrevivência enquanto classe oprimida, a burguesia precisava a qualquer custo capitalizar para si ou em seu favor este poder. No seio do Estado liberal, o papel limitador do Estado e garantidor das liberdades individuais passou a caber então à lei, enquanto norma aprovada mediante a cooperação da vontade popular. O atributo absoluto e incontestável do legislar pelo príncipe foi repassado e substituído pelo império da lei, transferindo o centro de poder ao parlamento, instância de representação popular. Interessava à burguesia ascendente estabelecer o valor básico da segurança jurídica, norteando e disciplinando as suas atividades privadas em um plano livre de qualquer

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

¹⁷ *Ibidem*, p.257.

intromissão estatal nas relações econômicas.

É importante refletir, entretanto, acompanhando Norberto Bobbio, que a concepção liberal acolheu, em verdade e paradoxalmente, uma solução tanto liberal quanto tipicamente absolutista para o problema das relações entre legislador e juiz. Por um lado, a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador eliminava os poderes intermediários e atribuía um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, o que corresponderia ao seu aspecto absolutista. Por outro, a eliminação dos poderes intermediários seria traduzida também em um aspecto liberal, na medida em que garantia o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes. Por este pensamento, se a liberdade do juiz de reconhecer normas a partir de seu próprio senso da equidade ou da vida social poderia dar margem ao arbítrio, era certo que o legislador, ao editar normas iguais para todos, representaria um impedimento para a arbitrariedade do Poder Judiciário¹⁸.

Ademais, para impedir arbitrariedades do legislador, explica este mesmo autor, é que o pensamento liberal propugnava pela teoria da separação dos poderes, por intermédio da qual o Poder Legislativo não seria mais atribuído ao príncipe (Poder Executivo), mas sim a um colegiado que agiria junto a ele, com a consequência da subordinação do governo à lei. Buscavam os liberais a representatividade, pela qual o legislador não seria mais expressão de uma restrita oligarquia, mas sim abrangentemente de todos, mediante a técnica da representação política. Se o poder seria exercido por todo o povo (ainda que não diretamente, mas por representantes), deveria também o ser, não de forma arbitrária, mas em benefício deste mesmo povo. Isso representava uma evolução dentro do próprio Estado moderno, pela passagem da concepção estritamente liberal para a democrática¹⁹.

Para Paulo Bonavides, neste avançar da ideia de participação do homem na formação da vontade estatal, era certo que do governo de uma classe se chegava ao governo de todas as classes. Salienta, todavia, que, embora se tratasse de uma “representação a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações”, era também correto que tal representação e a soberania popular implicavam em passos consideráveis do homem em direção à democracia e à garantia da dignidade humana²⁰.

Por outro lado, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a legalidade acabou por constituir um critério de identificação do Direito: ele estaria apenas na norma jurídica (aqui identificada como a lei), cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça,

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.38.

¹⁹ *Ibidem*, p.39.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado social ao estado liberal*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.43-44.

mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. No Estado liberal de Direito, o Poder Legislativo reservou a si o poder político mediante a fórmula da vinculação à legalidade. Enquanto isso, subordinados, o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, enquanto o Judiciário apenas a aplicar, sem poder sequer interpretar²¹.

Não interessava ali que a correção da norma jurídica fosse observada quanto ao seu conteúdo em sua aplicação concreta, mas sim e apenas no que se refere à legitimidade e na fiel observância do procedimento estabelecido para a sua produção. Sendo rigorosamente obedecida a disciplina de sua gênese, a estrita aplicação da norma ao caso concreto era a única conduta que restaria ao juiz.

Quanto ao papel do Poder Judiciário, esta é a mesma percepção de Ricardo Maurício Freire Soares, segundo quem, se antes o julgador podia obter a norma tanto de regras preexistentes na sociedade quanto de princípios equitativos e de razão; com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade, se tornava órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, subordinado ao legislador. O Direito positivo – Direito posto e aprovado pelo Estado – era nestes termos considerado como o único e verdadeiro Direito²².

Para que não houvesse violação à igualdade formal, enquanto mera garantia da liberdade individual, era necessário dotar a lei dos atributos da generalidade e da abstração, razão pela qual àqueles que detinham o poder de julgar não deveria caber nenhuma tarefa interpretativa com base nas circunstâncias peculiares do caso concreto. Não é por outro motivo que Montesquieu em 1748 conclui que “dos três poderes dos quais falamos, o Judiciário é, de algum modo, nulo”²³ e que “os juízes da nação não são, [...], mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”²⁴. No mesmo sentido, indagava Cesare Beccaria em 1764: “qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis”²⁵.

Naquele momento, a lei, regularmente concebida, seria estritamente suficiente a

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.25.

²² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.131.

²³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p.169.

²⁴ *Ibidem*, p.172.

²⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.22.

permitir, a partir da vontade soberana do legislador, uma clara e exclusiva interpretação do Direito aplicável, esgotando, na mera repetição de seus próprios termos, as restritas atribuições do julgador.

Tornou-se assim necessário afastar o Direito do príncipe. Reduzia-se aquele primeiro à legislação oriunda especificamente do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que se excluía de seu alcance as considerações de ordem fática ou axiológica. Tais providências de contenção acarretavam, por seu turno, a conseqüente atrofia dos Poderes Executivo e Judiciário.

No Estado liberal interessava à classe burguesa que o juiz se mantivesse então vinculado aos estritos termos da lei, pois a história feudal demonstrava o quão pareciam plausíveis os seus receios em torno da possibilidade de interferência do príncipe sobre a magistratura. A partir dali, Direito já não mais deveria se confundir ou mesmo ser conformado por fato e valor.

Destacando a relação direta entre o clamor burguês por segurança jurídica e a vinculação do Poder Judiciário à letra da lei, Norberto Bobbio explica que naquela conjuntura a decisão do juiz deveria ser uma reprodução fiel da lei, não havendo nenhuma liberdade de exercer atividade legislativa. Do contrário, se ele pudesse ali modificar as leis com base, por exemplo, em critérios equitativos, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e, ao seu lado, o juiz, atravessando as normas do primeiro e as esvaziando em conteúdo. A subordinação dos juízes à lei garantia assim o valor fundamental da segurança do Direito, de modo que o cidadão soubesse com certeza se o próprio comportamento estaria ou não em conformidade com a lei posta²⁶.

Dessa forma, a vinculação à legalidade sempre foi verdadeiramente uma simples técnica a garantir, naquele paradigma, a segurança jurídica para a classe burguesa, valor este sim a que correspondia o verdadeiro princípio em jogo. A legalidade era apenas um dos caminhos possíveis e foi o efetivamente adotado, por motivos de melhor adequação naquelas específicas circunstâncias históricas, para atingir este desiderato. Nunca se configurou como um fim em si mesmo.

Essa conformação à legalidade, porém, importava logicamente em menor recurso legislativo a normas de textura aberta e em apequenar a importância e o papel dos princípios, na medida em que estes instrumentos poderiam significar maior poder pela via interpretativa ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, condição esta última indesejável para a burguesia e

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.40.

seus interesses econômicos. Apenas os estritos termos de regras legais claras e de sentido unívoco poderiam ditar o Direito aplicável a disciplinar a sociedade, sendo desnecessário o seu preenchimento com valores.

O caminho se encontrava naturalmente aberto para a posterior sistematização científica do Direito por intermédio da elaboração da doutrina do positivismo jurídico.

2.3 ALGUNS TRAÇOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

No contexto da modernidade de busca pela segurança jurídica e certeza no Direito foi concebido o positivismo jurídico: a tentativa de criação de uma ciência jurídica cognoscitiva da norma jurídica positivada. A almejada neutralidade (do Direito, de sua interpretação e do intérprete) passava a ser pressuposto da cientificidade do conhecimento jurídico.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, a concepção do positivismo jurídico não derivou do positivismo filosófico, apesar de existir alguma associação no Século XIX. Ao revés, se originou quando o Direito positivo passou a ser considerado Direito no sentido próprio. Com isso, todo o Direito se reduzia ao Direito positivo, garantindo, em outra medida, a exclusão do Direito natural de dentro da categoria de juridicidade. O acréscimo do adjetivo “positivo” passava a ser um pleonasma, já que não existiria outro Direito além do positivo, manifestado concretamente pelas fontes normativas do Direito²⁷.

Conforme Norberto Bobbio, na passagem do Estado de natureza ao Estado civil, os indivíduos, transmitindo todos os seus direitos naturais ao soberano, também lhe legaram o direito de distinguir o justo do injusto, não havendo outro critério a tanto que não fosse por ele manifestado. Inexistentes convenções válidas no Estado de natureza, não existiam bem e mal, bom e ruim, justo e injusto. Enquanto ali se permanecesse, não havia conseqüentemente o Direito válido e nem tampouco justiça. Uma vez surgido o Estado civil, pelo contrário, nasciam consigo a justiça e o Direito positivo²⁸.

Observa-se, portanto, que o positivismo jurídico recusava as fontes metafísicas ou divinas, pois todo o Direito passava a ser oriundo exclusivamente das fontes formais estabelecidas. Buscava-se também com isso trazer racionalização e cientificidade à ciência jurídica, de modo a favorecer mecanismos concretos e previsíveis de controle sobre a

²⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.130.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.40-41.

interpretação e a aplicação do Direito.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève, tal concepção científica seria resultado da confluência de variáveis bem delimitadas: de um lado, a busca da verdade do saber, com a garantia de certa imagem de controle dos enunciados; de outro, os anseios de segurança jurídica e previsibilidade do comportamento do Estado moderno, enquanto detentor do monopólio do exercício legítimo da violência. A vinculação necessária entre Direito e lei no positivismo promovia um tipo jurídico no qual a aparência determinava o ser. Ou seja, o Direito é o que, sob determinada forma, emana do lugar legítimo a representar o exercício do monopólio da jurisdição pelo Estado, a emanação do próprio poder soberano. O Direito corresponderia ao conjunto de normas obrigatórias de origem estatal e formalmente ordenadas: “o saber jurídico não compreende seu objeto, mas, apenas, conhece as normas jurídicas dominantes”²⁹.

Em sua obra *Reine Rechtslehre* de 1934, Hans Kelsen defende que:

na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica³⁰.

Em outros termos se revelava ali a rejeição ao jusnaturalismo, pois eram expurgados do Direito todos os componentes metafísicos, ao tempo em que, no plano epistemológico, se reputava definido, como objeto da ciência do Direito, a norma jurídica. Hans Kelsen definiu categorias *a priori* do conhecimento humano, ao trabalhar com o dualismo do *Sein* (ser), correspondente ao plano dos fatos e da natureza física, em contraponto ao *Sollen* (dever ser), relativo ao plano das normas.

Karl Larenz explica que a tese fundamental em Hans Kelsen seria a da absoluta disparidade entre o ser e o dever ser, embora ambos fossem igualmente modos do pensamento e categorias últimas não decorrentes de nenhuma outra. O dever ser não corresponderia propriamente a algo de psíquico real, mas exclusivamente ao sentido de um ato pelo qual uma conduta seria prescrita, permitida ou autorizada. Ninguém poderia negar que daquilo que é

²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.109-112.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.79.

não pode se concluir aquilo que deve ser, assim como daquilo que deve ser não pode se concluir aquilo que é. Às normas do Direito positivo corresponderiam atos, processos externos do comportamento humano. Estes, porém, não trariam em si o seu sentido como atos jurídicos, recebendo-o apenas enquanto uma norma jurídica, como esquema de interpretação a eles aplicada³¹.

Tal delimitação precisa do objeto científico diz respeito ao propósito declarado pelo próprio Hans Kelsen, para quem a teoria “pura” se propunha a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste tudo que não pertencesse ao seu objeto. Em outras palavras, pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos. Esse era seu princípio metodológico fundamental³².

Pode ser reconhecido deste jeito, acompanhando Miguel Reale, que Hans Kelsen deixa o Direito pairando no plano da pura normatividade lógica, na medida em que até mesmo o Estado era reduzido a uma pura dimensão normativa – a sua própria ordem jurídica –, excluída naturalmente a base ético-social que lhe seria própria³³.

No ambiente jurídico-positivista, como explica Norberto Bobbio, deveria ser excluída da definição do Direito qualquer qualificação fundada num juízo de valor e que comportasse a distinção nos critérios de justo e injusto. O Direito, na condição de objeto da ciência jurídica, seria aquele que efetivamente se manifestasse na realidade histórico-social, sendo que o positivista estudaria tal Direito real sem se perguntar se além deste existiria de igual forma um Direito ideal, sem examinar se este corresponderia àquele e tampouco vinculando a validade de um à eventual correspondência com a do outro. Diante destas circunstâncias poderia se chegar até mesmo à conclusão de que a escravidão de pessoas, por exemplo, seria um autêntico instituto jurídico como qualquer outro, ainda que dela pudesse ser gerada uma valoração negativa³⁴.

Note-se, todavia, que é possível compreender que a dimensão valorativa não seria no todo estranha ao positivismo jurídico. Miguel Reale chama a atenção para a circunstância de que a própria fórmula da norma fundamental no positivismo de Hans Kelsen – pela qual todos devem se conduzir em consonância com a Constituição efetivamente posta e eficaz – corresponderia, em última análise, a uma concretização do princípio *pacta sunt servanda*.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.94-95.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.1.

³³ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.155.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.136.

Logo, exatamente no fundamento de validade de toda a ordem jurídica, estaria paradoxalmente assentada a positividade sobre uma ideia de valor, vale dizer, sobre um princípio de ordem ética que constitui uma dimensão axiológica inseparável do trabalho do jurista³⁵.

Na análise de Boaventura de Souza Santos, partindo de uma abordagem jurídico-sociológica, o aparecimento do positivismo jurídico no Direito poderia ser considerado como uma construção ideológica destinada verdadeiramente a reduzir o progresso da sociedade ao desenvolvimento capitalista, bem assim a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, fosse ela Deus, a religião, a tradição, a metafísica, a ética ou ainda as utopias ou os ideais de emancipação. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passariam a poder coexistir e até a conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentassem como regularidades empíricas³⁶.

Dessa forma, o positivismo jurídico conformava a sociedade ao capitalismo, permitindo-lhe tudo aquilo que não fosse contrário aos interesses da classe burguesa, artífice autêntica daquela concepção de Estado.

Como doutrina Jürgen Habermas, o positivismo jurídico garantia a função de estabilização das expectativas de comportamento pela consistência de decisões judiciais e pela independência do Direito em relação à política. A racionalidade seria assim obtida por uma história institucional reduzida e purificada de fundamentos fáticos e axiológicos, enquanto a legitimidade da ordem jurídica era alcançada pela observância da legalidade do procedimento de elaboração da norma. Tal legitimidade seria então transportada para o início do sistema com a norma fundamental, que, por seu turno, não seria passível ela própria de justificação racional. Esta solução, contudo, critica esse autor, não resolveria verdadeiramente a questão da racionalidade, na medida em que faria com que o valor da segurança jurídica encobrisse o valor essencial da correção da decisão judicial³⁷.

Em consequência, os atos emanados do Poder Judiciário, embora formalmente legitimados, passavam a apresentar um crescente deficit de legitimidade substancial, na medida em que a aplicação do Direito se afastava dos valores vigentes na sociedade em transformação. A partir do final da Segunda Guerra Mundial e da instalação do Tribunal de Nuremberg, esta necessidade de compatibilização entre os valores da segurança jurídica e da

³⁵ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.171-172.

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007, p.141.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.250-251.

correção fez eclodir um novo paradigma para o Direito, em substituição ao positivismo jurídico.

2.4 OS INFLUXOS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Os caracteres próprios do positivismo jurídico, vinculados em boa medida ao mito da neutralidade científica e da suposta exclusão do fato e da norma do âmbito do Direito, não tardaram a demonstrar inconsistências teóricas, o que semeou a base para a crítica deste paradigma.

Uma vez superado o antigo regime, o posterior desenvolvimento histórico do positivismo jurídico trouxe consigo o desgaste do modelo. A Corte de Nuremberg, instalada em 1945 para julgar os crimes contra a humanidade cometidos pelos oficiais nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, evidenciou que a concepção de estrita vinculação à lei se mostrava insuficiente a sancionar a conduta daqueles que cometiam crimes sob o respaldo na legislação em vigor em seu Estado.

Como destaca Juan Antonio García Amado,

o nazismo supôs [...] um verdadeiro terremoto em nossa cultura jurídica ocidental e moderna e se converteu, como não podia ser menos, no experimentum crucis ou na pedra de toque da contemporânea Teoria do Direito. A mais tradicional das questões da Filosofia do Direito, a de, se podia ser autêntico Direito um Direito gravemente injusto perdeu seu halo de abstração e se converteu em uma pergunta muito mais direta e categórica: se era realmente Direito o “Direito” nazista, cujas normas emanadas daquele regime, [sic] permitiam que se privasse gratuitamente de sua cidadania e propriedades os judeus; que se explorasse o trabalho escravo de opositores, ciganos, estrangeiros; que se condenasse à morte quem criticasse Hitler; que se esterilizassem alcoólatras, inválidos; que se encerrassem, nos campos de concentração, por tempo indefinido, os delinquentes que já haviam purgado seus delitos no cárcere; que se repetissem os julgamentos cujo veredicto desagradava a Gestapo; que se sentenciasse à morte o judeu que mantinha algum tipo de relação emotiva, nem sequer sexual, com alemã ariana, além de outros atos³⁸.

Diante desta perplexidade é que Luís Roberto Barroso afirma que “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico”. A quase total identificação entre Direito e norma, além da rígida separação daquele em relação à ética, não mais correspondiam ao estágio do processo civilizatório, nem tampouco aos anseios de quem patrocinava a causa da humanidade. Some-se a isso, entretanto, que os operadores do Direito também não desejavam o simples retorno ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse exato contexto é que surge o pós-positivismo jurídico, não como desconstrução, mas sim autêntica superação do conhecimento

³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *A lista de Schindler: sobre abismos que o direito dificilmente alcança*. Tradução de Ricardo Menna Barreto e Germano Schwarz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.48-49.

convencional. Embora guardasse deferência quanto ao ordenamento positivo, nele, por outro lado, reintroduziria a justiça e a legitimidade³⁹.

Os veículos de reinserção destes valores de justiça correspondem aos princípios jurídicos e aos direitos fundamentais. O pós-positivismo, dessa maneira, se situa convenientemente em uma linha mediana de equilíbrio entre a segurança e a correção: não recua ao jusnaturalismo, pois trabalha diretamente com as fontes presentes no próprio sistema jurídico; também não faz coincidir o Direito apenas com a regra formalmente assentada no ordenamento jurídico, reconhecendo autêntico e efetivo valor normativo a outras fontes. Nem a metafísica, nem o império da lei.

A crise do positivismo jurídico, explica Carla Farrali, conduziu à superação de uma diferenciação inflexível entre Direito e moral, com a decorrente inserção dos valores éticos e políticos na discussão jurídico-filosófica. A nota distintiva principal residia na complexidade crescente dos sistemas constitucionais contemporâneos diante da ascensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Tal abordagem podia ser caracterizada sob três aspectos fundamentais:

a) A centralidade da dimensão da correção moral do Direito, que já não podia mais ser visto sob um ponto de vista meramente formal, mas também e principalmente preenchido de conteúdo moral, por intermédio dos princípios e dos direitos invioláveis do indivíduo.

b) A importância da aplicação do Direito, pelo desenvolvimento de novas técnicas de decisão judicial, que potencializasse o sentido de correção oriundo das novas espécies normativas.

c) A vinculação, tanto do Poder Legislativo aos princípios jurídicos e aos direitos de ordem constitucional, no próprio controle do processo de produção da norma jurídica, quanto do Poder Judiciário, exercendo papel decisivo na execução do Direito, ainda mesmo que em confronto com a lei⁴⁰.

No mesmo contexto, Ricardo Maurício Freire Soares identifica uma maior preponderância da técnica legislativa de adoção de normas de caráter aberto. Ao contrário de um sistema hermético, o ordenamento jurídico passou a se mostrar permeável a fatos e valores da realidade cambiante. Fenômeno dinâmico, ele passou a ser reconhecido na própria

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 02 jul. 2009, p.12.

⁴⁰ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo; revisão de tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11-12.

historicidade da vida humana, exigindo diplomas legais de textura aberta. Fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revelavam preocupação com a necessária flexibilidade aos modelos normativos, promovendo o seu ajuste aos novos tempos⁴¹.

Aqui estaria à mostra, prossegue esse autor, um novo modelo de interpretação e aplicação do Direito a partir de instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congregava valores, ainda que fluidos e mutáveis, em torno do Direito enquanto objeto cultural, ou seja, com sentido socialmente compartilhado. Logo, estaria potencializada uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para a justiça social⁴².

Assim, as normas de textura aberta, seja na forma de princípios, seja como regras, são um mecanismo pelo qual o intérprete ajusta o conteúdo normativo à dinamicidade da realidade em constante evolução. Trata-se verdadeiramente de uma nova perspectiva de atuação do Direito que rompe a antiga lógica do Direito fechado ao quanto especificamente determinado pelo Poder Legislativo, impondo ao intérprete o dever de preencher adequadamente o conteúdo da norma jurídica, de modo a harmonizar a sua aplicação, da maneira mais idônea possível, aos valores e aos fatos de cada momento histórico em cada Estado. Em outros termos, a concepção do pós-positivismo jurídico traz consigo um imperativo de correção para o Direito.

2.4.1 Da legalidade à juridicidade

Para Carmén Lúcia Antunes Rocha, os conflitos nos Estados europeus no Século XIX se encarregaram de demonstrar a fragilidade da perspectiva do Estado de Direito em termos simplesmente formais, evoluindo então para um conceito de Estado de Direito material, por intermédio do qual a Justiça busca tornar eficazes os direitos fundamentais em toda a sua amplitude. Não se dispensaria a forma da lei, aqui entendida como elemento de segurança jurídica, mas se passaria a entender que ela não era um fim em si ou a única fonte do Direito, nem tampouco significava a correção do sistema ou a justiça do povo⁴³.

Se a lei não era a única, mas a fonte principal do Direito, o princípio da legalidade absorveu a inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado, se conduzindo ao princípio da

⁴¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.155.

⁴² *Ibidem*, p.157.

⁴³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.72-73.

juridicidade. O administrador público é submetido não apenas à lei, mas ao Direito como um todo. A vinculação à juridicidade se estende a todas as funções desempenhadas pelo Estado e não apenas à atividade administrativa, se expressando como um princípio-garantia do cidadão. “A juridicidade é, no Estado Democrático de Direito, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”⁴⁴.

Por outro lado, estes embates da realidade vieram igualmente a demonstrar que não era possível conferir igualdade formal de tratamento àqueles em situação desigual em termos concretos. Dessa forma, a lei geral e abstrata, produzida por e para a classe burguesa, já não interessava ao conjunto da sociedade, motivando sindicatos de trabalhadores e associações de profissionais liberais, entre outros agentes de pressão, a trazerem a divergência ideológica ao parlamento.

Acentua Luiz Guilherme Marinoni que, se a nova concepção ainda exigia o recurso à legalidade, necessário se tornava lhe conferir também nova configuração. Se antes era vista em uma dimensão formal, agora deveria apresentar um conteúdo material ou substancial: a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não bastava apenas ao juiz, como antigamente, revelar as palavras da lei, mas sim projetar uma imagem, lhe corrigindo e adequando aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais⁴⁵.

Gustavo Binenbojm expõe que seria possível enumerar cinco razões para o desprestígio da lei formal nesta conjuntura:

- a) O excesso de leis, inspirado pelo mito da completude do ordenamento jurídico e do aumento das funções do Estado, que promoveu a banalização da lei e esvaziou a sua respeitabilidade.
- b) A constatação de que a lei poderia legitimar a barbárie, como aconteceu no caso do regime nazista antes mencionado.
- c) A constitucionalização do Direito, com o grande desenvolvimento de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.
- d) A criação de uma série de atos normativos aptos, por si mesmos, a disciplinar suficientemente a atuação do Estado, como as medidas provisórias e os regulamentos autônomos.
- e) A vontade política do Poder Executivo, na medida em que controla o processo

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79-80.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.44-45.

legislativo pela coalizão de forças, dando iniciativa ao processo de produção das leis que vincularão a própria Administração Pública⁴⁶.

Ainda que se despreze o componente ideológico e os interesses setoriais antes referidos que envolveram a ascensão da primazia da legalidade, o atual panorama de manifesta perda de legitimidade da produção legislativa aponta em direção do enfraquecimento do papel da lei enquanto clássica limitadora do Estado e garantidora das liberdades individuais. Esvazia-se, por consequência, a argumentação em torno de uma pretensa identificação entre legalidade e segurança jurídica.

Ao contemporizar a importância da vinculação à legalidade, o pós-positivismo jurídico conduz a uma adequação do Direito, introduzindo no campo jurídico mudanças radicais e profundas de perspectivas que conferiram, de forma evidente, maior poder e relevante autonomia aos diversos órgãos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que acarretaram consequentemente complexidade interpretativa bem maior durante a prolação de cada ato decisório.

A lei, enquanto uma das principais fontes do Direito, deixou de ser entendida meramente como produto de vontade homogênea do Poder Legislativo e a vinculação à legalidade adquiriu novo delineamento, mais abrangente, mais difuso, envolvendo agora, pelo contrário, uma relação de necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, aqui considerado composto igualmente por regras e princípios. A noção de legalidade foi assim substituída pelo conceito de *juridicidade*.

2.4.2 Ascensão dos princípios no ordenamento jurídico

O valor da segurança jurídica foi redimensionado no pós-positivismo jurídico, cedendo espaço e caminhando ao lado do imperativo de correção na aplicação do Direito, o que justificou a necessidade de se sobrelevar o papel dos princípios no ordenamento jurídico.

Conforme disserta Gustavo Binbenbojm, as transformações mais recentes no Direito sustentaram a força vinculante dos princípios constitucionais, que, em razão do seu alto grau de abstração, se tornaram instrumentos a conferir a necessária maleabilidade ao ordenamento jurídico, de modo a acomodar as novas demandas da sociedade. Ao incorporarem importantes valores humanitários, reaproximaram o Direito da moral, proporcionando um conteúdo ético ao ordenamento. Trata-se da supremacia não mais

⁴⁶ BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127-136.

meramente formal, mas sim e principalmente material da Constituição⁴⁷.

Com isso não se esperava que a vinculação do Estado ao Direito obedecesse a um esquema único ou se restringisse à lei formal, mas que ocorresse em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade, manifestando-se em graus e tipos de normas distintos. Encontrava-se superada a imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre, de um lado, o Estado e, de outro, a Constituição ou os princípios constitucionais como núcleos de condensação de valores⁴⁸.

Tornava-se então necessário reconhecer força normativa nos princípios, construindo uma nova hermenêutica constitucional baseada em uma teoria dos direitos fundamentais. Tratando da inserção de uma nova concepção dos princípios no pós-positivismo jurídico, Luís Roberto Barroso sustenta que

os princípios constitucionais, [...], passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete⁴⁹.

É assim que no pós-positivismo ganha especial relevo o papel dos princípios diante da insuficiência do modelo positivista em apresentar respostas satisfatórias pelo método tradicional da subsunção.

De acordo com Paulo Bonavides, o caráter normativo dos princípios pode ser observado de forma categórica e precursora em Crisafulli, ainda em 1952, quando os conceitua como:

toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém⁵⁰.

Ao abrigo deste novo paradigma em construção, ainda segundo Luís Roberto Barroso, era encontrada a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.63-64

⁴⁸ *Ibidem*, p.140-141.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 02 jul. 2009, p.13.

⁵⁰ CRISAFULLI *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23.ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.273.

fundamentais edificada sobre o sustentáculo do princípio da dignidade humana⁵¹.

Pode ser aqui reconhecido o núcleo fundamental da própria noção de juridicidade, pois, como afirma Ricardo Maurício Freire Soares, o sistema jurídico encontrava coerência e unidade substancial justamente na ideia de respeito à dignidade humana. Logo, dentre todas as possibilidades de sentido que podiam ser razoavelmente apreendidas em cada modelo normativo, devia sempre ser priorizada a que tornasse o princípio da dignidade humana mais eficaz⁵².

A este respeito, Gustavo Binbenbojm afirma que a dignidade humana se elevou à condição de princípio jurídico, como origem e fundamento de todos os direitos fundamentais, de modo que a centralidade jurídica destes últimos no sistema normativo passou a corresponder à centralidade moral daquela primeira no plano dos valores. Entre direitos fundamentais e democracia, por seu turno, havia uma relação de interdependência, sendo que, quando conjugados, dariam origem ao Estado Democrático de Direito, um conjunto de instituições jurídico-políticas voltadas à proteção e à promoção da dignidade humana⁵³.

Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva de aplicação e interpretação do Direito, a qual requer o pronto redimensionamento da função jurisdicional, com mira em atender esses novos desafios. Pela providência de uma justiça material, destinada especialmente à concretização de direitos fundamentais, os princípios passam a representar a harmonia possível entre segurança e correção no Direito.

A interpretação é conduzida, como afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha, pelos fins da norma, levando em conta as consequências na realidade social, na perspectiva do ideal de justiça material, a que o sistema jurídico se propõe a produzir. A atividade do intérprete do Direito, portanto, passa a se encontrar vinculada a realizar ou permitir a realização da finalidade posta no sistema que possa ser considerada correta, rejeitando as que desvirtuem os fins do Estado. Enquanto o Direito pode ser apreciado em termos abstratos, a justiça apenas é realizada na aplicação do conteúdo juridicamente normatizado. Logo, é necessário que a interpretação principiológica considere o resultado social justo. “Não há outra razão para a

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 29 jun. 2009, p.5.

⁵² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.206.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.50-51.

existência necessária e eficiente do Direito, senão produzir o justo social”⁵⁴.

2.4.3 O novo papel do juiz

O papel do Poder Judiciário foi redesenhado pelo pós-positivismo jurídico. Sua vinculação institucional passou a se referir agora a concretizar a Constituição, a partir de seus princípios nucleares e dos direitos fundamentais, no processo de interpretação e aplicação da norma. Há muito tempo deixou de ser um Poder “nulo”, a “boca da lei” ou ainda de simplesmente proceder ao enquadramento do fato à norma, como se divulgava no Estado moderno.

Por seu turno, a lei deixou de ser entendida como produto de vontade homogênea do Poder Legislativo e a legalidade adquiriu novo delineamento e status no ordenamento jurídico. Na atualidade, o juiz se encontra vinculado ao princípio da juridicidade, de forma que, ao mesmo tempo em que deve preservar o valor da segurança jurídica, igualmente deve resguardar a correção na aplicação do Direito e fomentar a justiça em termos materiais.

Nesse ponto é de se salientar ainda a lição de Dirley da Cunha Júnior, para quem tal expansão do papel do juiz seria uma exigência da sociedade contemporânea, que vinha dele reclamando, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial⁵⁵.

Conforme José Roberto Freire Pimenta e Lorena Vasconcelos Porto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o juiz deve avaliar e interpretar as necessidades do caso concreto, bem assim aplicar a técnica processual conforme o direito substancial e os valores constitucionais, sobretudo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Não se exige mais, portanto, a neutralidade, mas sim a imparcialidade do juiz⁵⁶.

Segundo Chaïm Perelman, dentro de um novo paradigma de interpretação, o sistema jurídico deixa de ser considerado como um sistema fechado, isolado do ambiente sócio-cultural em que se insere, sofrendo, pelo contrário, seus influxos. Cabe ao juiz encontrar

⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.50-51.

⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009, p.201.

⁵⁶ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n.73, jan./jun. 2006, p.96.

as soluções convincentes e satisfatórias no Direito, dotadas de motivação juridicamente consistente⁵⁷.

Em tal busca pelo convencimento e conseqüentemente pela paz social, o Poder Judiciário passa a se situar em uma nova relação perante o Poder Legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto, impõe-se àquele a tarefa jurídica e política de harmonizar o ordenamento jurídico com as ideias dominantes sobre o justo e equitativo. Logo, a passagem da regra abstrata para o caso concreto não reclama um simples processo dedutivo, mas sim uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito⁵⁸.

No contexto do pós-positivismo jurídico, Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que, diante do crescente acesso à Justiça, é alterado o papel e a conduta do juiz, do qual passa a ser esperado uma postura pró-ativa, afastado da clássica postura de neutralidade. O juiz não pode mais se mostrar indiferente às grandes transformações sociais e aplicar mecanicamente a norma jurídica. Pelo contrário, deve assumir o papel de transformador da realidade. Afinal de contas, quando a Constituição Federal recepciona o princípio da democracia participativa, por intermédio do qual todos são chamados a bem zelar a coisa pública, não pode excluir justamente o Poder Judiciário, que atua especificamente na pacificação social⁵⁹.

Setores mais conservadores recusam o papel do juiz social e politicamente engajado, seja pelo argumento do comprometimento da isenção, seja pela ausência de mandato outorgado pela população. Ocorre, porém, que a participação direta da população não se dá apenas pelo voto, projetos de lei de iniciativa popular, plebiscitos e audiências públicas, mas também por meio de processo, aqui reconhecido como fator de inclusão social na medida em que encaminha ao Poder Judiciário as pretensões da coletividade⁶⁰.

No mesmo sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem,

não é apenas no voto em representante seu no Poder Executivo ou em membro do Poder Legislativo que a cidadania se completa. Este voto é uma manifestação temporalmente delimitada, legalmente definida e circunstancialmente objetivada para o exercício do que teria sobrado como poder do povo. A jurisdição, diversamente, é uma via de agitação permanente da cidadania. É por ela que o Direito faz-se vivo e insuperável pela atuação de quantos pretendam transgredi-lo. É pela provocação da jurisdição que o cidadão faz com que o Direito seja

⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.115.

⁵⁸ *Ibidem*, p.116.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.102-103.

⁶⁰ *Ibidem*, p.286-287.

universalmente acatado e igualmente imposto a todos⁶¹.

Em última análise, portanto, ao decidir no processo, o juiz externa também voz de representação popular.

Ao novo papel do juiz que se descortina no paradigma do pós-positivismo jurídico podem ser apontadas, em caráter preliminar, as seguintes características:

a) Interpreta e aplica o Direito não mais do ponto de vista meramente formal, mas sim pelo reconhecimento de um seu conteúdo ético e moral, que se evidencia na exata medida da concretização dos princípios e dos direitos fundamentais, especialmente aqui considerando o da dignidade humana enquanto vértice do ordenamento jurídico.

b) Interpreta os conceitos indeterminados e as normas de textura aberta no propósito de conferir, em sua maior medida, um sentido atual e socialmente compartilhado ao ordenamento jurídico, sem perder de vista os ideais de justiça e de legitimidade que devem conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico como um todo.

c) Não mais se encontra vinculado aos restritos termos da legalidade, mas sim à noção mais abrangente de juridicidade, entendida como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 104.

3 UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS E DE SUA FORÇA NORMATIVA

3.1 PRINCÍPIOS EM LINHAS GERAIS

Anteriormente foi observado que o pós-positivismo jurídico propiciou as condições necessárias a que os princípios passassem a desempenhar um papel de importância capital diante da insuficiência do modelo positivista em apresentar respostas satisfatórias pelo método tradicional da interpretação por subsunção. Estas espécies normativas traduzem, neste novo paradigma, o elo harmônico possível entre os valores da segurança e da correção do Direito, direcionados à consecução da justiça material e da concretização de direitos fundamentais⁶². Passa-se a uma releitura do papel dos princípios a partir de sua força normativa.

Em termos gerais, principiar significa dar início a algo, servir como ponto de partida, como origem ou começo. Assim podem ser entendidos, em uma perspectiva preliminar, os princípios no Direito: a origem estrutural do arcabouço jurídico, as fundações sobre as quais é sustentado e informado todo o complexo normativo que representa o sistema.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld, “os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”⁶³.

Para Miguel Reale, proposição é a expressão verbal de um juízo, vale dizer, expressão de uma ligação lógica de um predicado a algo, em relação de atributividade necessária e com pretensão de verdade. A ciência implica na coerência entre juízos que se enunciam em seu seio. Como todo juízo envolve uma pergunta sobre sua validade ou seu fundamento original, há sempre a possibilidade de redução a outro juízo mais simples e assim, em princípio, sucessivamente. Quando o pensamento opera essa redução certificadora até serem atingidos juízos iniciais que não possam mais ser reduzidos a outros, são encontrados os princípios da ciência⁶⁴.

Princípios, portanto, podem ser reconhecidos como os juízos fundamentais, que garantem a certeza de um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a determinada porção da realidade. Podem ser considerados como princípios também, porém, certas proposições que, embora não evidentes ou resultantes de evidências, sejam adotadas

⁶² Seção 2.4.2.

⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.143.

⁶⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.59-60.

como fundamento de validade de um sistema ou seus pressupostos necessários. Como exemplo destas últimas, é lembrado, no âmbito da ciência do Direito, o princípio pelo qual “a ninguém é dado se escusar do cumprimento da lei alegando ignorância em relação a esta”, uma óbvia ficção⁶⁵. Nada há de errado nisso, pois o conhecimento científico é sempre relativo, ou seja, seus juízos possuem validade nos limites do extrato de realidade explicado e em função dos princípios que norteiam este mesmo sistema⁶⁶.

3.2 A CONCEPÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO

No âmbito do Direito, o sistema deve ser reconhecido, como disserta Claus Wilhelm Canaris, a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica. Se derivado o ordenamento a partir da regra (de natureza valorativa) da justiça, também o sistema a ele correspondente apenas pode ser uma ordenação teleológica, não no sentido restrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim na realização ampla de escopos e de valores⁶⁷.

Trata-se da adequação formal de uma valoração que não tem por desiderato, porém, encontrar uma regulação justa específica e *a priori* em seu conteúdo, mas sim, uma vez legislado um valor primário, pensar até ao fim em todas as suas derivações e consequências, solucionando contradições em relação a outros valores já legislados e também evitando contradições derivadas do aparecimento de novos valores⁶⁸.

A característica principal da unidade é justamente esta recondução da multiplicidade do singular a poucos princípios constitutivos, avançando-se aos valores fundamentais mais profundos, vale dizer, aos princípios gerais da ordem jurídica: para além da lei e da *ratio legis*, apurar a *ratio iuris* determinante⁶⁹.

Enquanto consideradas como sistema, portanto, as normas jurídicas componentes do ordenamento jurídico correspondem a uma ordenação teleológica cuja característica de unidade é resultado da sua coerência com os princípios do Direito.

Nesse sentido sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade é justamente a ofensa a um princípio, porque representa “insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais,

⁶⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.60.

⁶⁶ *Ibidem*, p.78.

⁶⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.66-67.

⁶⁸ *Ibidem*, p.75.

⁶⁹ *Ibidem*, p.76-77.

contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁷⁰.

3.3 PRINCÍPIOS EXPRESSOS E IMPLÍCITOS?

A afirmação de um princípio jurídico independe em absoluto de um texto expresso que o enuncie.

Para Eros Roberto Grau, os princípios somente são resgatados ou descobertos dentro de um ordenamento jurídico e sempre são princípios deste ordenamento jurídico⁷¹. Podem ser divididos em expressos e implícitos. Os primeiros são aqueles que se encontram dispostos explicitamente em texto do ordenamento jurídico, ou seja, no que denomina de “Direito posto”. Os últimos, por outro lado, são aqueles inferidos, tanto a partir deste mesmo Direito posto, quanto ainda, no caso dos princípios gerais de Direito, oriundos do por ele chamado “Direito pressuposto” de uma específica e determinada sociedade. Pressuposto é o Direito já encontrado no interior da estrutura social mesmo antes da produção legislativa estatal⁷².

De acordo com Riccardo Guastini, os princípios implícitos são frutos da dedução, pelo intérprete, de normas individualmente consideradas, de conjunto de normas ou do próprio ordenamento jurídico como um todo. A atividade de dedução implica na identificação da *ratio* de uma norma: a meta a que ela é dirigida a visar ou um valor do qual ela é justificada⁷³.

Estes princípios podem ser construídos pelo método indutivo a partir de normas particulares. Considerando, porém, que a indução não é um procedimento lógico, ela pode conduzir a resultados discutíveis. Na maioria das vezes, os princípios são construídos a partir de conjecturas acerca das razões do legislador. Como é raro uma norma corresponder a uma finalidade unívoca, as conjecturas se fragilizam⁷⁴.

No texto constitucional brasileiro, os princípios da moralidade e da eficiência administrativas se apresentam atualmente como exemplos de princípios expressos (art. 37,

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.948-949; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.35.

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p.70.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p.144-147.

⁷³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.193.

⁷⁴ *Ibidem*, p.194-195.

caput)⁷⁵. Enquanto isso, a segurança jurídica é reconhecida princípio constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos da Administração Pública, enquanto “projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito”⁷⁶, embora não especificamente explicitado em nenhum enunciado da Constituição Federal, mas apenas na legislação infraconstitucional⁷⁷. Trata-se de um exemplo de princípio implícito constitucional da Administração Pública, porque manifestamente decorrente da própria natureza do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a previsão literal de um princípio atende bem mais à cultura legalista clássica, que apenas reconhece efeitos jurídicos ao quanto expresso literalmente por intermédio de um enunciado normativo. Se todo princípio é uma decorrência do sistema de normas, pela redução sucessiva e retroativa de juízos prescritivos, a simples circunstância da ausência de consignação expressa assume ares de um irrelevante jurídico, na medida em que não afeta a existência ou não do princípio, nem tampouco influi no seu potencial de gerar efeitos. E o inverso também é verdadeiro. A simples denominação expressa de “princípio” no seio de um enunciado normativo não transforma algo em princípio.

3.4 A CLÁSSICA FUNÇÃO INTEGRATIVA E A FORÇA NORMATIVA

Ainda sob a égide do positivismo jurídico era reservada aos princípios, para além de uma natureza programática ou meramente retórica, a função de integração do sistema, a partir da necessidade de manutenção e estabilização do ordenamento jurídico em sua completude.

Para Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico tem por características a unidade, a coerência e a completude.

A unidade indica que todas as regras do ordenamento jurídico, embora esparsas e de proveniência variada, possuem por fundamento mais remoto uma única norma

⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

⁷⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MS 24.448-8/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 27.09. 2007. DJ 10.03.1989. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, “art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

fundamental, fonte última de todas as fontes do Direito⁷⁸. A validade de toda regra jurídica advém de outra norma de hierarquia superior, o que possibilita uma redução regressiva até a norma hipotética fundamental⁷⁹.

A coerência, por seu turno, trata da índole sistemática do ordenamento jurídico, indicando a ausência de antinomias, vale dizer, ausência de incompatibilidades entre as suas regras componentes⁸⁰. A solução das antinomias é baseada em três regras fundamentais: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o critério de especialidade (*lex specialis derogat generali*)⁸¹.

A completude, por fim, de um ordenamento jurídico é verificada quando o juiz pode nele encontrar uma regra para qualquer conflito que lhe seja apresentado a decidir. Enquanto a incoerência implica na presença de duas normas contraditórias, a incompletude significa a ausência simultânea das duas regras que se contradigam. A unidade negativa requer a eliminação das contradições; enquanto a unidade positiva; o preenchimento das lacunas⁸².

Para se completar um ordenamento jurídico dois são os métodos possíveis: a heterointegração, pelo recurso a ordenamentos diversos, e a autointegração, pelo apelo a fontes distintas das regras, conquanto internas ao próprio ordenamento jurídico.

Tratando-se de autointegração, o Direito brasileiro disciplina, em termos gerais, que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com os princípios gerais de Direito, além da analogia e dos costumes⁸³. Vê-se aqui, portanto, o papel integrador atribuído a princípios.

Para Miguel Reale, entretanto, o dispositivo legal retro citado é supérfluo, pois se trata de uma verdade implícita e necessária do próprio sistema. Se não há ciência sem princípios, aqui entendidos como verdades válidas para o correspondente campo de saber, o juiz não necessita de prévia autorização do legislador para chamá-los a decidir o feito: “prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes”⁸⁴.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.199-200.

⁷⁹ *Ibidem*, p.207-211.

⁸⁰ *Ibidem*, p.228-229.

⁸¹ *Ibidem*, p.237-242.

⁸² *Ibidem*, p.259-261.

⁸³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*, art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

⁸⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.61-62.

De uma forma ou de outra, seja pela via expressa, seja por se tratar de uma verdade implícita ao sistema, pode ser dito que a função de integração conferida aos princípios gerais já lhes acarretava força normativa. Indaga Norberto Bobbio que, se a função para a qual os princípios são empregados na autointegração é exatamente a mesma cumprida por qualquer norma – vale dizer, regular um caso –, por que não deveriam ser normas?⁸⁵

Orlando Gomes entende os princípios como fonte formal do Direito, embora com função subsidiária e apenas na acepção de uma “cristalização, em termos abstratos, do conjunto de preceitos normativos do ordenamento legal”, ou seja, aqueles princípios extraídos dos dispositivos legais que se ampliam, mediante um processo lógico e analógico, em fórmulas gerais⁸⁶.

Para Miguel Reale, por outro lado, a força coercitiva dos princípios no ordenamento ocorre por intermédio das fontes de Direito, a começar pelo processo legislativo, embora mais frequentemente seja derivada da atividade jurisdicional e dos precedentes judiciais, bem assim dos usos e costumes e da prática dos atos negociais⁸⁷.

A aptidão a disciplinar uma situação fática concreta que se enquadre em seu enunciado genérico confere força plenamente normativa aos princípios, ainda que, neste caso, como fonte meramente subsidiária do Direito.

É o paradigma do pós-positivismo jurídico, porém, que confere a verdadeira dignidade normativa aos princípios, situando-os em patamar igual ou superior àquele outrora reservado exclusivamente às regras de Direito. Neste momento é que ocorre o resgate dos valores para dentro do Direito, equilibrando a relação entre segurança e correção jurídicas. Dentre as mais relevantes contribuições da atualidade sobre o tema, são destacadas as concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

3.5 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO PARA RONALD DWORKIN

A teorização de Ronald Dworkin se constitui como um verdadeiro marco divisor no debate da filosofia pós-moderna do Direito, reabilitando a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica⁸⁸.

Em seu artigo *The model of rules* de 1967, mais adiante incluído na obra *Taking*

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.297-298.

⁸⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.37-38.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p.306.

⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.178.

rights seriously de 1977, considerada como o ponto de partida do pós-positivismo jurídico, os princípios ganham papel de maior destaque, funcionando como interseções necessárias entre Direito e moral, dentro de uma concepção jurídica notadamente liberal e individualista.

Este trabalho de Ronald Dworkin se estrutura claramente por meio de uma crítica consistente ao pensamento positivista de Herbert L. A. Hart, a quem sucedeu na Universidade de Oxford e para quem a textura aberta das normas jurídicas (sempre identificadas apenas com as regras) deveria ser preenchida por um ato volitivo do juiz, não sendo passível, portanto, de nenhuma espécie de controle racional.

Segundo este último autor,

não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflituantes do que um precedente «significa». É só a tradição de que os juízes «descobrem» o direito e não o «fazem» que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz⁸⁹.

Ronald Dworkin inicia sua refutação a partir da distinção entre princípios e regras jurídicas, que estaria situada no plano da estrutura lógica. Apesar de ambas as espécies de normas jurídicas apontarem decisões particulares em torno da obrigação jurídica conforme as circunstâncias do caso concreto, se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem.

Para ele

as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁹⁰.

Um princípio [...] não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular⁹¹.

Logo, enquanto as regras, uma vez apresentada a situação fática, são aplicáveis ou não; os princípios, pelo contrário, apenas enunciam uma razão a direcionar a argumentação do juiz. Ao contrário das regras, eles possuem a dimensão do peso ou da importância, o que implica na valoração da força relativa de cada um para solucionar o conflito no caso concreto⁹².

Uma regra pode até ser, em verdade, mais importante do que outra, na medida em

⁸⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.16-17.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.39.

⁹¹ *Ibidem*, p.41.

⁹² *Ibidem*, p.42.

que desempenhe um papel mais relevante na regulação de um determinado comportamento, mas ela jamais pode ser mais importante enquanto concebida como parte do sistema de regras. Logo, se duas regras entram em conflito, é porque uma delas não pode ser reconhecida válida e o próprio sistema regula, por intermédio de outras regras, as relações de precedência conforme a circunstância, por exemplo, de uma ter sido promulgada por autoridade de grau superior, ser mais antiga ou mais específica⁹³.

Os princípios, ao invés, apenas inclinam a decisão em uma direção, sobrevivendo intactos quando não prevalecem. Se um juiz, ao fundamentar sua decisão, entende que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer no caso concreto apontam em determinada direção e os princípios que apontam na outra direção não têm o mesmo peso, se torna claro que ele deve decidir vinculadamente daquela forma, ou seja, do mesmo modo que deveria seguir uma regra que acreditasse obrigatória⁹⁴.

Para Carla Farrali, ao questionar a tese de Herbert L. A. Hart da separação entre Direito e moral, Ronald Dworkin não reduz o ordenamento jurídico a meras estruturas normativas, uma vez que os princípios se referem a fins e a valores, como uma exigência da moral. A validade dos princípios, ao contrário daquela das regras, corresponderia aqui à exigência moral de um período específico, sendo seu peso relativo cambiável ao longo do tempo⁹⁵.

Ademais, a distinção qualitativa e estrutural entre regras e princípios teria tanto uma dimensão empírica, associada à inclusão e à progressiva relevância dos princípios no desenvolvimento do Direito e dos sistemas jurídicos; quanto uma dimensão teórica, relacionada à ligação entre Direito e moral, na medida em que os princípios corresponderiam ao núcleo moral da comunidade (a exigência de igual consideração e respeito aos seus membros), o que tornaria o Direito obrigatório⁹⁶.

Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto afirmam que, se, por um lado, Ronald Dworkin rejeita o positivismo quanto à aplicação meramente silogística do Direito, por outro, comunga exatamente das preocupações políticas próprias deste paradigma liberal em relação à separação de poderes e à segurança jurídica. Os princípios, em sua concepção, se prestam a suprir as lacunas de regras nos *hard cases* (casos difíceis), afastando assim a tese de Herbert L. A. Hart de atribuição de um poder discricionário para o juiz decidir

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.43.

⁹⁴ *Ibidem*, p.57.

⁹⁵ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo; revisão de tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.4.

⁹⁶ *Ibidem*, p.13.

volitivamente o caso concreto que lhe seja posto à apreciação. Estes novos critérios de decisão – ou seja, os princípios morais aos quais é reconhecida uma condição jurídica – reabilitam a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica⁹⁷.

Como explica Gianluigi Palombella, considerações de política do Direito não funcionam para Ronald Dworkin como base de argumentação para o juiz. O caráter liberal da garantia de direitos é por este autor reinventado para rejeitar a harmonização entre direitos individuais e hipóteses globais de política social, orientadas pelos postulados do bem comum e do interesse público, que tendam a abordagens consequencialistas ou utilitaristas. Neste contexto a posição do juiz assume caráter absolutamente central, na medida em que é ele o intérprete de um constitucionalismo reconhecido como tutela dos direitos individuais contra o poder das maiorias⁹⁸.

Pela sua lógica liberal, se todos os indivíduos possuem o direito de serem tratados com igual consideração e respeito, não há como se justificar decisões políticas baseadas em argumento de maior benefício para a maioria, em detrimento de sacrifício e prejuízo para uma minoria.

Por outro lado, o papel do princípio sustenta, enquanto elemento de justificação da decisão, a vinculação do juiz à tese da única solução. Para tanto, Ronald Dworkin propõe um modelo teórico de juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, ao qual chamou de “Hércules”. Considera que este aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o Direito em sua jurisdição, bem assim que tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional se aplica ao caso concreto. Em sua complexa análise, o juiz Hércules deve construir um esquema de princípios que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁹⁹.

Em busca de critérios de uma racionalidade para as decisões judiciais prolatadas por Hércules, vislumbra a solução dos *hard cases* – ou seja, para os quais não há normas expressas disciplinando a matéria –, como um “exercício literário”. Por intermédio deste, o juiz deve observar as regras e princípios aplicados na fundamentação dos casos anteriores

⁹⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et al* (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.71-72.

⁹⁸ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.330.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.165-182

sobre matéria semelhante, interpretando as circunstâncias que efetivamente motivaram cada aplicação. Em última análise, é encontrada uma coerência própria desta sequência de precedentes judiciais, que permitem definir elementos para a continuidade de novas decisões. Para este autor, “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”¹⁰⁰.

Segundo mais adiante o desenvolvimento de sua concepção, o Estado de Direito se caracterizaria pelo princípio da integridade, pelo qual caberia ao juiz interpretar o Direito a partir de uma noção de coerência moral e política do sistema de princípios. Esta integridade na deliberação judicial “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios”¹⁰¹.

Jürgen Habermas entende que, após a emancipação do Direito moderno em relação aos fundamentos sagrados e aos contextos religiosos e metafísicos, este não se tornaria simplesmente contingente, tampouco se encontrando meramente à disposição do poder político. Os princípios que orientariam uma averiguação racional da única decisão correta não seriam lugares-comuns de argumentação historicamente comprovados, extraídos de um contexto tradicional de uma comunidade ética, sendo que a interpretação deveria transcender às tradições jurídicas consuetudinárias por intermédio de um referencial de razão prática, que, quanto ao método, utilizasse a interpretação construtiva, e, quanto ao conteúdo, recorresse a uma teoria geral do direito que reconstruísse racionalmente e conceituasse o Direito vigente. Segurança jurídica e legitimidade do Direito seriam conciliadas em Ronald Dworkin a partir de uma reconstrução racional do Direito vigente, se encaixando todas as decisões tomadas em casos singulares como componentes coerentes, esforço este que estaria a cargo do juiz Hércules¹⁰².

3.6 A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO PARA ROBERT ALEXY

Para Robert Alexy, em sua clássica obra *Theorie der Grundrechte* de 1986, regras e princípios são normas porque formulados por intermédio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ambos funcionando como razões para juízos concretos de

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.237-240.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.261.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.259-263.

dever-ser. Embora reconheça que o critério da generalidade é o mais utilizado para distinguir princípios de regras, informa que entre estas duas espécies normativas não existe uma diferença de grau, mas sim qualitativa¹⁰³. Para ele:

princípios são, [...], *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível¹⁰⁴.

Quando o ordenamento jurídico de um Estado estabelece, por exemplo, o direito à duração razoável do processo¹⁰⁵, não enuncia e delimita uma situação fática que, uma vez ocorrida no plano concreto, acarrete uma determinada consequência jurídica. Pelo contrário, tal norma disciplina que o aplicador do Direito, conforme cada situação fática que venha a se configurar e em cotejo com as demais normas jurídicas que eventualmente se lhe mostrem antagônicas, confira a solução que empreste celeridade no maior grau possível ao processo. Em outros termos, cabe-lhe identificar a solução ótima a atender ao caso concreto, parametrizada pelo vetor da efetividade processual. Nesse sentido é que se fala em um mandamento de otimização. Logo, pode ser aqui identificado, não uma regra, mas autêntico *princípio* da duração razoável do processo.

Por outro lado, uma norma jurídica válida que estabeleça, noutro exemplo, como uma das condições de elegibilidade para o cargo de Presidente da República a idade mínima de trinta e cinco anos aos interessados¹⁰⁶, possui um espectro de soluções estritamente binário: ou no caso concreto o indivíduo já alcançou esta idade e preenche a condição imposta pelo ordenamento jurídico, ou possui idade inferior e é inelegível ao cargo. Não há possibilidade de satisfação da norma noutros graus ou mesmo em faixas intermediárias. Existe uma clara determinação no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, razão pela qual se trata aqui de uma regra.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87-90.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.90-91. No mesmo sentido da distinção entre regras e princípios: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.278-279; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1255; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.112-113.

¹⁰⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 14, “§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;”.

3.6.1 Conflito de princípios e relação de precedência condicionada

Em razão da diferenciação entre as duas espécies normativas, sustenta Robert Alexy, enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da invalidade da outra – essa por intermédio de critérios da cronologia, hierarquia ou da especialidade –, a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro. Trata-se aqui do que ele denomina de uma relação de precedência condicionada (ou ainda concreta ou relativa), na qual o conflito é resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, de modo a definir qual deles, embora os respectivos valores abstratos estejam no mesmo nível, apresenta um peso maior conforme as circunstâncias do caso concreto¹⁰⁷. Considerando dois princípios P_1 e P_2 , o símbolo \mathbf{P} para a relação de precedência e o sinal C para a condição da precedência no caso concreto, pode ser graficamente enunciada a seguinte relação condicionada de precedência do princípio P_1 sobre o princípio P_2 ¹⁰⁸:

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C$$

A conceituação do princípio enquanto mandamento de otimização pode ensejar, assim, até mesmo que as circunstâncias fáticas e jurídicas da ocasião apontem o seu afastamento em determinado caso concreto. Não se trata de declarar a invalidade do princípio ou reconhecer uma cláusula de exceção, mas apenas de reconhecer que este não tem preferência naquelas específicas condições. Basta imaginar, por exemplo, que o legislador, uma vez motivado apenas pelo referido princípio da duração razoável do processo (P_1), resolvesse editar uma lei que reduzisse para vinte e quatro horas o prazo destinado ao réu para apresentação de defesa. Nesse caso, seria manifesta a violação ao princípio processual da ampla defesa (P_2), motivo pelo qual este último teria precedência sobre aquele primeiro nestas condições C_1 .

$$(P_2 \mathbf{P} P_1) C_1$$

Se, entretanto, o mesmo legislador, ao invés, motivado exclusivamente pelo princípio da ampla defesa (P_2), houvesse editado uma lei para ampliar a um ano o prazo destinado ao réu para apresentação de defesa, seria igualmente manifesta a violação, só que agora ao princípio da duração razoável do processo (P_1), razão pela qual seria evidenciada a

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.92-96.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.98-99.

sua precedência sobre o outro nas novas condições C_2 .

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$$

Em um e outro caso, nenhum dos princípios foi declarado inválido, nem tampouco foi identificada nenhuma cláusula de exceção a qualquer dos dois, sendo apenas reconhecida a relação de precedência condicionada entre ambos em cada hipótese. O ponto central da teoria é reconhecer que a solução do conflito de princípios não retira nenhum dos conflitantes do sistema, mas apenas reconhece a aplicabilidade mitigada ou mesmo a inaplicabilidade daquele em detrimento do qual foi resolvida a questão. Logo, é tarefa contínua e fundamental do operador do Direito avaliar, em cada caso concreto que se lhe apresente para apreciação, a relação de precedência condicionada entre os princípios em debate.

É de se observar ainda que o enunciado de precedência entre princípios importa, ele próprio, em uma regra, circunstância esta que dá ensejo à “lei de colisão” de Robert Alexy, pela qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹⁰⁹.

Trata-se da norma individual e concreta que é obtida a partir da identificação da relação de precedência. Dos exemplos acima citados podem ser extraídas as seguintes regras: “é proibido estabelecer prazo para apresentação de defesa processual igual ou inferior a vinte e quatro horas” e “é proibido estabelecer prazo para apresentação de defesa processual igual ou superior a um ano”. Torna-se claro que ambas implicam em soluções estritamente binárias, inexistindo possibilidade de satisfação noutros graus ou mesmo em faixas intermediárias.

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas simplesmente *prima facie*, na medida em que suas razões podem ser afastadas por razões antagônicas. Ao contrário das regras, eles não dispõem de uma determinação da extensão de seu conteúdo diante dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas¹¹⁰.

Ainda que, por hipótese, seja possível declarar a invalidade de algum princípio, como, por exemplo, um que venha eventualmente a sustentar a segregação racial, o correspondente conflito mesmo assim seria resolvido no interior do próprio ordenamento jurídico, a partir de uma perspectiva de uma contradição normativa em sentido amplo. Para ele, “o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes”¹¹¹.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.99.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.103-104.

¹¹¹ *Ibidem*, p.110.

Noutros termos, não haveria, portanto, a possibilidade de expulsar um princípio do sistema. Em outra mão, não haveria princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios. Nem mesmo ao da dignidade humana estaria assegurada a nota de absoluto. Em verdade, duas são as normas da dignidade humana: uma regra e um princípio, sendo que a relação de preferência condicionada deste princípio é que determina o conteúdo daquela. Para o autor, “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”¹¹².

Robert Alexy entende muito simplificado o modelo de Ronald Dworkin, na medida em que este último afirma que os princípios apresentariam sempre um mesmo caráter *prima facie*, ao passo que as regras disporiam sempre de um mesmo caráter definitivo. Aprimorando tal critério, defendeu que o enfraquecimento do caráter definitivo das regras, diante de uma cláusula de exceção decorrente de princípios, não faz com que elas tenham o mesmo caráter *prima facie* destes¹¹³.

Ao contrário dos princípios, uma regra não é superada apenas porque no caso concreto é conferido um peso maior ao princípio contrário ao que lhe sustenta. Devem ser também superados os princípios denominados de “formais”, vale dizer, os que fixam que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devam ser seguidas e que a prática reiterada não deve ser relativizada sem motivos. Quanto maior o peso atribuído a estes princípios formais em um ordenamento jurídico, maior a sua rigidez e, conseqüentemente, mais forte o caráter *prima facie* das regras que o compõem. Por outro lado, o fortalecimento do caráter *prima facie* de um princípio, pela aceitação de uma carga argumentativa em seu favor, não iguala tal caráter ao das regras, que, por seu turno, se encontra fundado em decisões das autoridades legitimadas ou na prática estabelecida¹¹⁴.

Por outro lado, entende ainda também por simplista a tese de Ronald Dworkin em torno da preponderância dos direitos individuais perante os bens coletivos. É que, em um sistema normativo suscetível de justificação, há tanto direitos individuais quanto bens coletivos com força própria, sendo comum a colisão entre ambos¹¹⁵. O que há, em verdade, é uma primazia *prima facie* em favor dos direitos individuais sobre os bens coletivos. Levar a sério o particular não significa necessariamente que os interesses particulares não possam

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111-114.

¹¹³ *Ibidem*, p.104-105.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.105-106.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.194.

jamais ser eliminados ou limitados em favor de bens coletivos, mas sim que deve haver uma justificação suficiente a tanto. Na dúvida ou diante de fundamentos igualmente consistentes em favor do direito individual e do bem coletivo em conflito, a primazia (*prima facie*) é daquele primeiro¹¹⁶.

3.6.2 Máxima da proporcionalidade

Enquanto a resolução do conflito de regras demanda os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade¹¹⁷, o manejar com princípios reclama o recurso à máxima da proporcionalidade.

Ricardo Maurício Freire Soares percebe a proporcionalidade, dentro do pós-positivismo, como um novo instrumental metodológico para a aplicação do Direito justo. Trata-se, em verdade, de um padrão vinculante em torno da ideia de justiça ínsita ao ordenamento jurídico, representando assim uma garantia aos cidadãos em favor de um contrabalanceamento entre a tutela a determinados bens jurídicos e as deriváveis restrições a direitos fundamentais¹¹⁸.

Para Robert Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa. A proporcionalidade (em sentido amplo) compreende três máximas parciais: a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que, enquanto as duas primeiras decorrem da natureza dos princípios diante das possibilidades fáticas, a última tem origem nas possibilidades jurídicas¹¹⁹.

3.6.2.1 Adequação e necessidade

Averiguar o preenchimento da máxima da adequação significa, em termos práticos, verificar se a adoção de determinado meio, na situação fática concreta, se mostra idônea a fomentar a aplicação do princípio P_1 , apesar de afetar negativamente a realização do princípio P_2 . A não adoção do meio inadequado confere a maior otimização a ambos os princípios. Segundo Robert Alexy, a máxima da adequação “exclui o emprego de meios que

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.197-198.

¹¹⁷ Seção 3.4.

¹¹⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.91.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116-118.

prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”¹²⁰.

Considere-se a situação hipotética em que uma rede de supermercados resolva estabelecer procedimento de revista em seus empregados, alegando que a existência de um alto índice de furtos ocorridos em seus estabelecimentos tem-lhe proporcionado grande prejuízo patrimonial. Tal procedimento passa a ocorrer então, durante a saída do trabalho, na portaria exclusiva de empregados, consistindo, tanto na abertura de bolsas e sacolas, quanto na apalpação por todo o corpo dos revistados. Mais adiante, um de seus empregados submetidos à revista, constrangido diante da violação de seus direitos à intimidade e à honra e tendo em vista a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, ingressa com uma ação judicial em que pede o pagamento de uma indenização por danos morais.

Verificar a adequação implica em observar se o procedimento da revista se configura idôneo, no caso concreto, a fomentar o resguardo do direito à propriedade e o princípio da livre iniciativa (P_1) apesar de afetar negativamente o princípio de proteção à intimidade (P_2). Para se dizer adequado este meio, será necessário que a rede de supermercados demonstre, em primeiro lugar, os alegados alto índice de furtos e correspondente prejuízo patrimonial. Em caso positivo, caber-lhe-á ainda, em segundo lugar, apresentar elementos de prova que permitam concluir que tais furtos estão sendo praticados por empregados e não por terceiros, como, por exemplo, clientes das lojas. Isso porque, não havendo furtos ou não sendo os empregados os autores destes, a medida restritiva não se mostrará adequada a resguardar o patrimônio da empresa e será assim considerada inconstitucional porque violadora dos direitos fundamentais à intimidade e à honra de seus empregados, justificando a indenização por danos morais.

A necessidade, por seu turno, é um passo adiante e implica na escolha do meio menos gravoso entre os adequados. Assim, se a escolha entre dois distintos meios, na situação fática concreta, é irrelevante à satisfação do princípio P_1 , na medida em que ambos igualmente se mostram idôneos a lhe fomentar, mas se um meio afeta de forma mais intensa o princípio P_2 , para que este possa ser realizado na maior medida possível, a opção deve ser pelo outro meio. Na hipótese, a adoção do meio necessário confere a maior otimização possível a ambos os princípios. Para o autor, “se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.110.

nasçam custos para a outra”¹²¹.

Na mesma situação hipotética retro mencionada, seja considerado agora que a rede de supermercados possa dispor de outros mecanismos de segurança patrimonial, como, por exemplo, instalar câmeras de vídeo no interior das lojas e fixar etiquetas de alarme em todas as suas mercadorias de tamanho e porte suficientemente pequenos de modo a permitir a ocultação por dentro das fardas dos empregados, sendo a correspondente cancela eletrônica instalada no acesso ao vestuário e armário de bolsas e sacolas.

Demonstrados os furtos e que estes são praticados por empregados, a escolha entre os alarmes câmeras, de um lado, e a revista dos empregados, de outro, é irrelevante à proteção do direito à propriedade e o princípio da livre iniciativa (P_1) porque igualmente idôneos. Diante de tais possibilidades fáticas, ocorre, porém, ser evidente que a revista afeta de forma muito mais intensa o princípio de proteção à intimidade (P_2) do que a mera instalação de câmeras de vídeo e fixação de etiquetas de alarme, razão pela qual aquela não se mostra necessária, justificando a indenização por danos morais.

Adequação e necessidade estão relacionadas com a máxima realização dentro das possibilidades fáticas, o que pouco tem a ver com o “ponto máximo”. É a eficiência de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada. O aspecto da otimização presente na adequação não aponta para um ponto máximo, mas apenas elimina meios não adequados. Um critério negativo não determina tudo, mas somente exclui algumas coisas. A necessidade, por seu turno, implica em que, entre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido o que provoque a intervenção menos intensa. Não se trata de uma otimização em direção a um ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários em consideração aos meios existentes. Os exames de adequação e necessidade não são tão simples, pois muitas vezes suscitam difíceis problemas de diagnóstico¹²², como, por exemplo, a existência de conhecimentos científicos fundados que apontem em uma direção em detrimento da outra. Ademais, no que tange especificamente à necessidade, situações existem em que não apenas dois princípios são relevantes. Quanto é necessário abandonar o âmbito da otimização em relação às possibilidades fáticas e buscar a realização mais ampla alcançável

¹²¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.110.

¹²² Adota-se neste estudo a distinção proposta por António Francisco de Souza entre declaração diagnóstica e declaração prognóstica, pela qual a primeira consiste numa observação do *status quo*, limitada a valores passados ou presentes da experiência, ao passo que a última corresponde a uma situação ou um acontecimento futuro. Conferere SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.143.

em relação às possibilidades jurídicas, essa é uma questão de sopesamento¹²³.

3.6.2.2 Proporcionalidade em sentido estrito

As possibilidades jurídicas são determinadas na colisão entre princípios, cuja otimização é expressa pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito, idêntica à lei do sopesamento (ou ponderação): “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹²⁴. Esta lei mostra a ponderação dividida em três etapas de avaliação: na primeira, quanto ao grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios em questão (P_2); na segunda, quanto à importância da satisfação do princípio colidente (P_1); na terceira, quanto a se a importância da satisfação do princípio colidente (P_1) justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio (P_2)¹²⁵.

Retornando-se ao exemplo, seja considerado, por fim, que, uma vez demonstrados os furtos e que estes são praticados por empregados, a rede de supermercados não realize revista em seus empregados e disponha tanto das câmeras de vídeo quanto das etiquetas de alarme. Ainda assim, um de seus empregados pleiteou em juízo uma indenização por danos morais.

A primeira etapa da ponderação consistirá em avaliar o grau de afetação do princípio de proteção à intimidade (P_2), grau este que se configura levíssimo diante do meio adotado, aqui se pensando em algum constrangimento que remanesça pela perspectiva de monitoramento do empregado durante todo o expediente de trabalho. Na segunda, deverá ser observada a importância da satisfação do direito à propriedade e do princípio da livre iniciativa (P_1), importância esta que se mostra relevante, seja diante da manutenção da viabilidade do empreendimento empresarial, seja consequentemente como forma de garantia dos empregos por este gerados. Na terceira, finalmente, será apreciado se a importância da satisfação do princípio da livre iniciativa (P_1) justifica a afetação do princípio de proteção à intimidade (P_2), o que, neste caso, apresenta resposta positiva. Logo, a medida adotada pela empresa se mostra proporcional, sendo injustificada a indenização por danos morais. Nestas condições, por hipótese, o princípio da livre iniciativa (P_1) teria precedência sobre o princípio de proteção à intimidade (P_2):

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.588-593.

¹²⁴ *Ibidem*, p.593.

¹²⁵ *Ibidem*, p.594.

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C_1$$

Tratando da ponderação, José Joaquim Gomes Canotilho destaca que esta se destina menos a atribuir um significado normativo ao texto, do que a equilibrar e ordenar bens conflitantes ou em relação de tensão, para obter a solução justa na situação fática posta¹²⁶. Fixa-lhe três pressupostos metódicos:

a) Existência de, no mínimo, de dois bens ou direitos – no âmbito de duas normas jurídicas –, que não possam ser realizadas ou otimizadas em todas as suas potencialidades, conforme as circunstâncias do caso concreto.

b) Inexistência de regras abstratas de prevalência, sendo excluídas então as relações de preferência *prima facie*, vale dizer, nenhum bem vale mais que o outro em termos abstratos.

c) Justificação e motivação da regra de prevalência parcial, considerando, em especial, os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica¹²⁷.

3.7 A CRÍTICA DE HUMBERTO ÁVILA

Humberto Ávila critica os critérios propostos por Robert Alexy, sustentando que o caráter absoluto de uma regra poderia ser completamente modificado a partir da apreciação acerca das circunstâncias do caso concreto, pois o texto normativo não informaria o modo de aplicação. Pelo contrário, este sim seria decorrente das conexões axiológicas construídas no desenrolar do processo de interpretação¹²⁸.

Dessa forma, existiriam normas que, ainda que o seu enunciado estabelecesse limites objetivos cujo descumprimento aparentasse preliminarmente obrigar determinada consequência jurídica, razões contrárias poderiam ditar a realização de outra consequência. Como demonstração, citou alguns exemplos de decisões judiciais brasileiras, sendo o primeiro o julgamento do HC 73.662-9/MG¹²⁹, em que o Supremo Tribunal Federal, apesar de entender configurados os elementos da conduta descrita no (atualmente revogado) art. 224 do

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1237.

¹²⁷ *Ibidem*, p.1240-1241.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. amp.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.44-45.

¹²⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Segunda Turma. HC 73.662-9/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21.05.1996. DJ 30.05.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

Código Penal¹³⁰, mas diante das “circunstâncias particulares não previstas pela norma”, tais como a concordância da vítima e a sua aparência física e mental mais velha, teria entendido não configurado o tipo penal¹³¹.

Como percebe, todavia, Virgílio Afonso da Silva, a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas, sendo certo que se o legislador e o enunciado não conferem elementos precisos a tal distinção, essa última passa a ser tarefa do seu intérprete. Ademais, para ele, “não é possível argumentar contra uma construção teórica recorrendo ao simples fato de que esse ou aquele tribunal decidiu de forma diversa. [...] Apontar problemas em uma teoria exige que problemas internos a ela sejam demonstrados”. Quanto à decisão, poderia ser argumentado, em primeiro lugar, que a decisão do Supremo Tribunal Federal em torno do art. 224 do Código Penal seria *contra legem*, desrespeitando o caráter absoluto da regra. Ou ainda, poderia ser configurado neste caso um conflito entre regra e princípio, pelo qual, como visto antes, a conduta concreta seria excluída do enunciado da norma¹³².

As refutações deste último autor se mostram parcialmente acertadas, especialmente no que se refere à prevalência da autoridade do argumento sobre o argumento de autoridade¹³³. Ocorre, entretanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal apenas aplicou uma cláusula legal de exceção à regra em questão. Não parece ter havido decisão *contra legem*, nem tampouco uma apreciação direta de um conflito entre regra e princípio. No Direito brasileiro, “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”¹³⁴. Logo, a antiga presunção de violência do art. 224 do Código Penal teria sido afastada pelo Supremo Tribunal Federal por ter sido reconhecido erro escusável do agente em torno da aparência da vítima diante das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a concordância desta última exclui a hipótese de

¹³⁰ BRASIL. *Código penal*, “art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos [...]”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011. Este dispositivo foi revogado pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que abandonou a presunção legal de violência ao introduzir no Código Penal o crime de estupro de vulnerável: “art. 217-A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. amp.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45.

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.57-59.

¹³³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.347-353.

¹³⁴ BRASIL. *Código penal*, art. 20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

constrangimento necessária ao crime de estupro¹³⁵, que, por seu turno, não prevê a modalidade culposa. Trata-se assim de mera subsunção do fato à norma, sendo apenas preenchido pelo intérprete o conteúdo do conceito indeterminado “erro”, referido na cláusula de exceção prevista no art. 20 do Código. O exemplo não se presta, portanto, a refutar o caráter absoluto das regras, pois não considera uma percepção sistemática do ordenamento jurídico.

Noutro exemplo, tratou Humberto Ávila do caso de uma prefeita de um Município que descumpriu a determinação do art. 37, II da Constituição Federal¹³⁶, ao contratar um indivíduo para prestação de serviços de limpeza urbana por nove meses sem concurso público. No julgamento do HC 77.003-4/PE¹³⁷, sob o fundamento de se tratar de caso isolado e considerando que não seria razoável exigir o concurso público para uma única admissão em uma atividade de menor hierarquia, o Supremo Tribunal Federal teria afastado a hipótese de ato de improbidade, deixando de aplicar as consequências da correspondente norma no âmbito penal.

Apreciando os fundamentos do julgado, observa-se, contudo, que a hipótese versava verdadeiramente sobre um conflito entre o princípio da insignificância e a regra contida no art. 315 do Código Penal¹³⁸, expressamente parametrizado pela máxima da proporcionalidade. Percebe-se, dessa forma, que houve, em última análise, um conflito entre princípios, considerando, de um lado, os princípios penal da insignificância e constitucional da eficiência administrativa, e, de outro, os princípios constitucionais da legalidade administrativa e do acesso democrático aos quadros da Administração Pública. A partir da ponderação entre estes, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela precedência condicionada dos dois primeiros sobre os dois últimos, afastando-se o tipo previsto no dispositivo do Código Penal. Logo, mais uma vez o exemplo não demonstra haver ponderação entre regras.

Para Humberto Ávila, nas regras de textura aberta, como, por exemplo, as que

¹³⁵ BRASIL. *Código penal*, “art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Este, dispositivo foi alterado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto 2009, ampliando o alcance fático: “art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

¹³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 37, “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹³⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Segunda Turma. HC 77.003-4/PE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16.06.1998. DJ 11.09.1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹³⁸ BRASIL. *Código penal*, “Art. 315 – Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

enunciassem conceitos indeterminados, o intérprete ficaria encarregado de decidir, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, pela incidência ou não da norma. “A vagueza não é traço definitivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra”, de modo que a característica específica desta última apenas poderia surgir após a interpretação¹³⁹.

Como defende Virgílio Afonso da Silva, “não é possível confundir ‘tudo-ou-nada’ ou ‘subsunção’ com ‘automatismo’ ou ‘facilidade na interpretação’”¹⁴⁰.

Ademais, a aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, seja contido num princípio, seja contido numa regra, não autoriza concluir que haja rigorosamente uma escolha discricionária do operador do Direito, pois a delimitação de sentido envolverá sempre componente derivado de um entendimento consensual. Em verdade, a única solução correta pressupõe uma apreciação racional a partir da interpretação do conjunto de normas do ordenamento jurídico, sistema este cujas notas de unidade e coerência não permitem concluir pela diversidade de tratamento para cada caso concreto singular.

A aplicação analógica, conforme Humberto Ávila, seria uma hipótese em que regras poderiam ser aplicadas sem que suas condições fossem satisfeitas, na medida em que os casos não regulados fossem semelhantes àqueles regulados por determinada norma¹⁴¹. Ocorre que a analogia, enquanto critério para solução das lacunas aparentes do Direito, pressupondo a característica da completude atribuída ao ordenamento jurídico, não escapa dos moldes da subsunção. Isso porque ela deriva de uma regra instrumental do sistema¹⁴², que permite que outras regras possam ser aplicadas em condições diversas daquelas por ela previstas, desde que haja uma semelhança relevante entre as duas hipóteses. Segundo Norberto Bobbio, “é preciso remontar os dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual foram atribuídas ao caso regulado aquelas e não outras consequências”¹⁴³. Mais uma vez, o exemplo não se presta a refutar o caráter absoluto das regras, por desprezar a noção de ordenamento jurídico como sistema.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. amp.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.47-48.

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.60.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Opus citatum*, p.50.

¹⁴² No direito brasileiro, o já referido art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), pelo qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2.ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.293.

Ainda de acordo com Humberto Ávila, a ponderação não seria método privativo da aplicação dos princípios, pois regras poderiam entrar em conflito sem perder a sua validade, sendo que a solução seria então atribuir peso maior a uma delas. Para demonstrar a tese, aponta dois exemplos. No primeiro, o conflito seria entre duas regras do Código de Ética Médica, sendo que pela primeira o médico deveria dizer a verdade sobre a doença ao paciente, enquanto, pela segunda, deveria também utilizar todos os meios disponíveis para curar o paciente. A contradição ocorreria quando dizer a verdade reduzisse as chances de cura pelo abalo emocional. No segundo exemplo, a regra disposta em uma lei federal proíbe a concessão de decisão liminar para obrigar o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde, enquanto simultaneamente uma lei estadual obriga a concessão de liminar exatamente em sentido contrário. Para este autor, em um e outro caso, não seria necessário declarar a invalidade de nenhuma das regras, mas sim atribuir um peso maior a uma delas em razão de sua finalidade no caso concreto¹⁴⁴.

Virgílio Afonso da Silva pontua, porém, que as normas extraídas do código de ética médica, a título de exemplos, não são regras, mas sim princípios, porque estabelecem deveres *prima facie*. Ademais, quanto ao conflito de regras federal e estadual relativas à concessão de liminares, tratar-se-ia de aplicação do princípio da especialidade¹⁴⁵.

É de se observar, todavia, que no segundo caso a solução da questão passa pelo reconhecimento da inconstitucionalidade formal da lei estadual no que tange a conter norma que disciplina o processo civil (hipóteses de concessão de medida liminar ou de antecipação de tutela), cuja competência legislativa no Direito brasileiro é privativa da União Federal, não havendo lei complementar que autorize os Estados a legislar especificamente sobre a matéria¹⁴⁶. De qualquer modo, não se trataria aqui de ponderação entre regras.

3.8 PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em diversas oportunidades e ainda que de forma implícita, tem o Supremo Tribunal Federal se utilizado da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. amp.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.52-53.

¹⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.60-62.

¹⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

diante do conflito de princípios constitucionais. Seguem três exemplos.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7/BA¹⁴⁷, foi pleiteada a declaração da inconstitucionalidade da Lei estadual 7.619/2000¹⁴⁸, do Estado da Bahia, que criara o município de Luís Eduardo Magalhães. Era alegado que a violação decorria da criação de município em ano de eleições municipais, além da ausência de Lei Complementar federal prevista no §4º do art. 18 da Constituição de 1988¹⁴⁹.

O Ministro relator Eros Grau votou pela improcedência da ação, com fundamento principal no princípio da segurança jurídica ao considerar que o município era uma existência de fato. O Ministro Gilmar Mendes, entretanto, entendeu, ao contrário, que ali era necessário recorrer à ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. No caso concreto, a solução que maximizaria a força normativa de ambos os princípios, garantindo o princípio da segurança jurídica sem sacrificar o da nulidade da lei inconstitucional, seria declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei estadual impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses. Reconheceu que este lapso temporal seria razoável, dentro do qual poderia o legislador estadual reapreciar o tema, com base nos parâmetros que viessem a ser fixados pela lei complementar federal. O relator aderiu a essa fundamentação, sendo a tese que prevaleceu ao final.

Por outro lado, no Habeas Corpus 71.373-4/RS¹⁵⁰, movido diante de uma determinação judicial de realização de exame de DNA em processo em que se discutia a investigação de paternidade de duas crianças, o Ministro Francisco Rezek, relator, entendeu que, de um lado se encontrava a eficácia do método em foco, conforme atestado pela ciência, e a proteção constitucional conferida pela Constituição de 1988¹⁵¹ e pela legislação infraconstitucional¹⁵² à criança e ao adolescente, inclusive no que diz respeito à afirmação de

¹⁴⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.240-7/BA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09.05.2007. DJ 03.08.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹⁴⁸ BAHIA. *Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000*. Cria o município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do município de Barreiras. Disponível em: <<http://www.casacivil.ba.gov.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 18, “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

¹⁵⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. HC 71.373-4/RS. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 10.11.1994. DJ 22.11.1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹⁵² BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*, “art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem

sua identidade. De outro lado, havia igualmente o direito do suposto pai biológico à sua intangibilidade física e à sua intimidade¹⁵³. No conflito dos princípios subjacentes a estes direitos, votou pela prevalência do interesse do investigante, considerando que a afetação ao princípio que garantia a integridade física do paciente era em grau levíssimo, quando comparado à importância ao princípio que tutela o direito à dignidade da criança e do adolescente.

Prevaleceu, porém, a divergência, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, ao ponderar que a recusa do impetrante na realização do exame já acarretava uma consequência processual que garantia o reconhecimento formal da paternidade. Mostrou-se assim, implicitamente, que a medida restritiva de direitos, pelo menos sob o enfoque dos interesses patrimoniais envolvidos, embora adequada, não superava o exame da necessidade no caso concreto. Ademais, segundo ele, a medida judicial violaria a intangibilidade física e a dignidade do suposto pai biológico, justificando-se assim a cassação da decisão que o obrigava ao exame.

Por fim, no Agravo Regimental STA-AgR 171/PR¹⁵⁴, foi discutida a proibição, imposta por uma portaria ministerial quanto à importação de carcaças de pneumáticos usados, matéria-prima esta utilizada em processo de industrialização de pneus reformados.

A questão de fundo envolveu a ponderação entre o princípio do livre exercício da atividade econômica¹⁵⁵ e o princípio de proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁵⁶. A Ministra relatora Ellen Gracie entendeu, nas razões de fundamentação, pela precedência deste último princípio, considerando a possibilidade concreta de grave lesão à ordem pública, diante do manifesto interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo assim reconhecida a constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados. A afetação ao princípio do livre exercício da atividade econômica se traduzia em grau leve, quando comparado à importância ao princípio de tutela à saúde e ao

qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

¹⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

¹⁵⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. STA-AgR 171/PR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 12.12.2007. DJ 29.02.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov 2010.

¹⁵⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

¹⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta foi, por maioria, a tese que prevaleceu.

3.9 PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE

Para Robert Alexy, é possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos. Embora nem sempre seja possível determinar um resultado de forma racional, o conjunto de casos possíveis justifica o sopesamento como método¹⁵⁷. Os limites decorrentes da força inerente aos direitos fundamentais enquanto princípios, mesmo quando não identificados de forma rígida e independente de sopesamento, continuam sólidos e claros. Apesar de não contidos na própria lei do sopesamento, são possíveis juízos racionais e não arbitrários sobre os graus de intensidade da afetação e a importância da satisfação de um princípio. Basta que, na fundamentação, sejam apresentadas razões plausíveis para a aplicação¹⁵⁸.

O modelo de regras e princípios ainda não permite vislumbrar uma imagem completa do sistema jurídico, pois corresponde apenas ao seu lado passivo. Mais que isso, um modelo abrangente leva em conta o lado ativo, relacionado ao procedimento para a aplicação das regras e dos princípios. Dentro de um sistema orientado pela razão prática, o procedimento lhe será assegurador de racionalidade do ponto de vista da aplicação do Direito, o que é objeto da teoria da argumentação jurídica. Essa racionalidade prática procedimental, entretanto, tem um caráter ideal. Diante de condições reais deve ser realizada de forma aproximada e tendente à ideal, não havendo falar assim em certeza absoluta. A razão prática não afiança a correção definitiva do Direito, mas certamente uma relativa, propiciando numa apreciação total, em conjunto com o plano estático da estruturação normativa em regras e princípios, a contribuição necessária a uma racionalidade do sistema jurídico¹⁵⁹.

Consoante Carlos Bernal Pulido, embora a ponderação tenha um caráter formal e que, portanto, não garanta uma objetividade perfeita e tampouco acarrete a total exclusão da apreciação subjetiva do juiz, isso não significa que esteja baseada apenas em tal subjetivismo. O nível ideal de objetividade perfeita não existe em nenhum âmbito normativo, uma vez que tal pressuporia um sistema jurídico ideal que prescrevesse com exatidão tudo que está

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.594.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.598-599.

¹⁵⁹ *Idem*. *Direito, razão, discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.172-173.

permitido, proibido e ordenado, o que não é nem possível, nem conveniente¹⁶⁰.

É impossível porque as disposições dos princípios são sempre indeterminadas, não sendo naturalmente cabível prever e regular a todos os conflitos de modo hipotético. Por outro lado, não é conveniente, porque reduz drasticamente as possibilidades de deliberação política, o que transformaria o Legislador, por hipótese, em mero executor das regulações predeterminadas pela Constituição, se esvaindo conseqüentemente a sua importância como foro de deliberação democrática. A vinculação se estenderia também ao Executivo e ao Judiciário, de modo que o Direito se aprisionaria no passado, perdendo sua capacidade de adaptação às novas demandas da sociedade¹⁶¹.

Enquanto a racionalidade teórica exige uma estrutura precisa das teorias e conceitos, que devem ser claros e livres de contradição, a racionalidade prática, por seu turno, expressa as condições necessárias a que o ato humano seja qualificado como racional. No âmbito jurídico, será racional a decisão cuja fundamentação possa ser enunciada em limites conceitualmente claros e consistentes, conformada por premissas completas e saturadas, com observância das regras da lógica e da argumentação, bem assim as exigências da consistência e da coerência¹⁶².

Para que sejam afastadas as objeções da falta de precisão conceitual, da incomensurabilidade e da impossibilidade de previsão de resultados, é necessário buscar um modelo de ponderação que sustente uma estrutura determinada, com uma medida única que permita comparar os princípios e que possa ceder espaço à previsibilidade da fundamentação no Direito¹⁶³.

Quanto à delimitação do conceito de ponderação, é certo que estabelecer “a maior medida possível” de cumprimento de um princípio pressupõe um contraste entre ele e os princípios contrários. Não oferece, porém, uma articulação sistemática e hierarquizada de todos os princípios jurídicos em questão para resolver de antemão todas as possíveis contradições. Um modelo assim foi proposto por Rawls, quanto à primazia do princípio de justiça e de que a liberdade apenas pode ser restringida em razão da proteção da própria liberdade. Tal possibilidade, porém, deve ser negada, pois a garantia de um mínimo existencial é condição necessária a que as liberdades não existam como garantias meramente

¹⁶⁰ PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, 2008, p.44.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.44-45.

¹⁶² *Ibidem*, p.45-46.

¹⁶³ *Ibidem*, p.47.

retóricas. Há de existir então uma relação de precedência condicionada¹⁶⁴.

No estabelecimento da relação de precedência condicionada, o peso abstrato dos princípios pode variar conforme a hierarquia da fonte em que estejam estabelecidos e pode também ser estabelecido com referência a valores sociais positivos. A liberdade, por exemplo, apenas pode ser exercida por quem está vivo, motivo pelo qual o princípio de proteção à vida tem um peso abstrato maior que o da garantia da liberdade¹⁶⁵. Importa também reconhecer a certeza das apreciações empíricas quanto ao grau em que a medida implica, no campo fático e no caso concreto, na falta de satisfação de um princípio e na satisfação do outro, circunstância que afeta o peso relativo de cada princípio na ponderação¹⁶⁶.

Por fim, conforme Virgílio Afonso da Silva, “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do Direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível”. Nesse sentido, esse autor expõe que até mesmo a subsunção apresenta dificuldades de fundamentação substancial, sendo que os próprios positivistas reconhecem que o processo de interpretação e aplicação do Direito não é estritamente racional e objetivo¹⁶⁷.

É de ressaltar que também as regras suscitam controvérsia em sua interpretação, até mesmo entre distintas cortes judiciais de um Estado. Destaque-se, por exemplo, a própria necessidade de previsão, em sede constitucional brasileira, da competência de um tribunal superior para julgar, em grau de recurso, as causas decididas por outros Tribunais, quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal¹⁶⁸. O dispositivo constitucional em comento permite observar que o próprio sistema do Direito encontra mecanismos de estabilização da unidade de conteúdo das normas em torno de uma única solução correta, pois tanto a sua própria unidade quanto a coerência interna são pressupostos necessários à sua sobrevivência.

A possibilidade de eventuais resultados práticos diferenciados na ponderação de princípios não conspurca contra o mecanismo. Ao contrário, a fluidez conceitual é característica essencial desta espécie normativa, o que, no paradigma do pós-positivismo

¹⁶⁴ PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, 2008, p.48-49.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.50.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.50-51.

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.147.

¹⁶⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

jurídico, torna viável a necessária e constante atualização valorativa. Inexistem soluções prontas e acabadas, na medida em que toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, as quais, em si mesmas, já acarretam a diversidade. Neste particular, o que a concretização da segurança jurídica nos moldes pós-positivistas reclama são, em verdade, consensos de argumentação – tão duradouros quanto as novas circunstâncias reais cambiantes lhes imponham que sejam – entre os aplicadores do Direito e, em especial, entre os juízes, estes porque encarregados de prestar a jurisdição¹⁶⁹.

Com a técnica da ponderação de princípios, o mesmo que a argumentação na atividade do juiz assume de complexidade como salvaguarda do princípio da segurança jurídica, a entrega da prestação jurisdicional, por seu turno, também ganha em correção e legitimidade no sentido do primado da justiça. O novo papel do juiz no paradigma do pós-positivismo jurídico implica em uma tarefa constantemente depurativa das regras de argumentação, de modo a otimizar a racionalidade da fundamentação das decisões, especialmente quando aplicados princípios como espécies normativas. O necessário equilíbrio entre racionalidade e correção, ou ainda entre segurança jurídica e justiça, demanda um esforço argumentativo bastante diverso daquele normalmente necessário a lidar com a subsunção lógica do fato à norma.

¹⁶⁹ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Pós-positivismo e os princípios em Robert Alexy. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2740, 1 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 2 jan. 2011, p.2.

4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

4.1 UMA REFLEXÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, acrescentou ao rol de princípios previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da eficiência. Ademais, trouxe ainda outros novos dispositivos direta ou indiretamente associados que o evidenciam.

Quanto à participação do usuário na Administração Pública foi previsto que a lei disciplinará as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (art. 37, §3º). Estabeleceu também que a autonomia dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (art. 37, §8º)¹⁷⁰.

Foi disciplinado o dever de manutenção, pela Administração, de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira (art. 39). Quanto ao servidor público, a perda de cargo passou a ser possível mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III), ao passo que, para a aquisição da estabilidade, passou a ser obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, §4º)¹⁷¹. Por fim, foi previsto ainda que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Emenda, elaboraria lei de defesa do usuário de serviços públicos¹⁷².

Na ciência da administração, Idalberto Chiavenato defende que:

a eficiência é uma relação técnica entre entradas e saídas. Nesses termos, a eficiência é uma relação entre custos e benefícios, ou seja, uma relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre a despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante. [...] A eficiência está voltada para a melhor maneira (the best way) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos) a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os

¹⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*, art. 27. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis¹⁷³.

De acordo com Paulo Modesto, embora originariamente residente na teoria da administração, o termo “eficiência” não é propriedade exclusiva de nenhuma ciência, cabendo aos juristas, no processo de construção do sentido deste conceito, explorar o conteúdo jurídico desse princípio no ordenamento normativo nacional¹⁷⁴.

É certo que na iniciativa privada a lógica aparenta ser diferenciada, pois ali a principal variável em discussão, a verdadeira força-motriz do empreendedorismo, é a necessidade de obtenção de lucro para a empresa. Há, portanto, natural direcionamento e preponderância das consequências deste atuar para dentro do próprio agente eficiente. Dito em outros termos, a iniciativa privada é eficiente, em primeiro lugar, em seu próprio favor, como uma condição necessária de competitividade no mercado capitalista. Apenas como reflexo desta postura é que podem ser (e não necessariamente o são) gerados benefícios à sociedade consumidora, seja pela eventual redução pura e simples de preços, seja pela eventual melhoria de qualidade de seus bens e serviços.

No setor público, todavia, a lógica é inversa, uma vez que a Administração Pública não visa a atender ao seu próprio interesse, mas sim ao que seja melhor para o indivíduo e para a sociedade, ou seja, aos interesses dos seus “consumidores”. Em última análise, o setor público apenas deve ser eficiente em favor da realização do interesse público e não para si mesmo. Aqui, somente por via oblíqua, é que eventualmente podem ser produzidos benefícios em favor dos interesses da própria Administração Pública. A racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados se encontra direta e imediatamente vinculada ao atendimento dos interesses de toda a sociedade, da melhor forma possível. Esta inversão de perspectiva permite deduzir a impossibilidade de adoção em sua inteireza da lógica da iniciativa privada, diante das diversas variáveis que condicionam e simultaneamente são condicionadas pelos resultados da atividade do Poder Público.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o agir eficiente se apresenta como uma condição necessária para a obtenção dos resultados que se espera de toda atuação, seja privada, seja pública. Ocorre, entretanto, que, enquanto na gestão privada de interesses, pode

¹⁷³ CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p.155.

¹⁷⁴ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.3.

ser dito que este logro de resultados possui caráter meramente dispositivo, tal é rigorosamente obrigatório quando referido à gestão de interesses públicos do Estado¹⁷⁵. A satisfação dos anseios da sociedade não confere nenhuma margem de escolha à Administração Pública para que aja de forma eficiente ou não: tal atributo é um imperativo no setor público.

Não é por outro motivo que Manoel Jorge e Silva Neto sustenta que o objetivo da inscrição em sede constitucional do princípio da eficiência administrativa não é promover uma suposta identificação entre o atuar da Administração Pública e a conduta dos entes privados, mas sim concitar os agentes públicos a atuarem de forma mais expedita e competente¹⁷⁶.

Dessa forma, o conteúdo da eficiência administrativa não prescinde de interpretação e aplicação voltadas à concretização dos cânones da juridicidade e de respeito aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito.

4.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS E O CARÁTER CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO

Desde 1967, em âmbito infraconstitucional, o Decreto-lei 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, já disciplinava normativamente no setor público a eficiência administrativa, ao estabelecer o âmbito de controle de resultado das atividades da Administração (art. 13), a racionalização do trabalho administrativo mediante a simplificação de processos e a supressão de controles puramente formais ou cujo custo fosse evidentemente superior ao risco (art. 14), a avaliação da atuação administrativa dos órgãos supervisionados e o dever de diligência quanto à capacitação dos responsáveis (art. 25, V) e o fortalecimento do sistema do mérito (art. 25, VII), além da supervisão ministerial sobre a administração indireta, de forma a assegurar essencialmente a realização dos objetivos fixados em seus atos constitutivos e a própria eficiência administrativa (art. 26, I e III)¹⁷⁷.

Por outro lado, independente da referida Emenda Constitucional, é verificado que a eficiência administrativa já se encontrava implícita no texto constitucional brasileiro desde a sua promulgação em 1988, na medida em que este, ao tratar da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União Federal e das entidades da

¹⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.126.

¹⁷⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.440.

¹⁷⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

Administração direta e indireta, previa (e ainda prevê) expressamente que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II)¹⁷⁸. Se à Administração Pública desde então competia demonstrar que havia agido de forma eficiente em sua gestão, se torna claro que o direcionamento de sua conduta já se encontrava ali vetorizado por um mandamento otimizador no sentido da eficiência.

Não é outra conclusão ao se constatar que, para o exercício da fiscalização retro referida, já era atribuído ao Congresso Nacional, mediante controle externo, e ao sistema de controle interno de cada Poder o dever de examinar a *economicidade* da gestão pública (art. 70, *caput*), característica esta que se traduz como um dos componentes da eficiência administrativa. O mesmo se diga da incumbência do Poder Público de manter, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, serviço público adequado (art. 175, parágrafo único). Também no que tange especificamente à disciplina do sistema de segurança pública – composto pelas polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis e militares, além dos corpos de bombeiros militares – havia previsão expressa desde 1988 de que a lei disciplinaria a organização e o funcionamento dos órgãos de segurança pública, de maneira a garantir a *eficiência* de suas atividades (art. 144, §7º)¹⁷⁹.

Em razão destas circunstâncias afirma-se que o princípio da eficiência administrativa se encontrava, mesmo antes da aludida Emenda, implícito no texto constitucional, pois perfeitamente inferido a partir do texto constitucional sistematicamente interpretado¹⁸⁰.

Observe-se, inclusive, que o Código de Defesa do Consumidor, posterior à Constituição de 1988 e anterior à Emenda Constitucional 19, já era conformado a esse mandamento implícito constitucional, na medida em que reconhecia a Administração Pública como fornecedora, estabelecendo, como princípio da política nacional das relações de consumo, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos (art. 4º, VII) e como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X), além de fixar que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias,

¹⁷⁸ BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Seção 3.3.

permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, estavam obrigados a fornecer serviços adequados e eficientes (art. 22)¹⁸¹.

Aliás, seria mesmo o caso de indagar se tal princípio não teria origem no próprio Direito pressuposto, aqui compreendido como todas as decorrências normativas da condição do Estado Democrático de Direito. É que, para conferir validade e legitimidade à atuação estatal, conforme pondera Paulo Modesto, são exigidos celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na disponibilização de utilidades para os cidadãos, na regulação das condutas pública e privada, bem assim na vigilância dos abusos do mercado e na administração dos recursos públicos. E todas essas imposições normativo-principiológicas se encontram condensadas no princípio da eficiência¹⁸². Por outro lado, em Humberto Ávila, “*o dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue*”¹⁸³. Não há como, dessa maneira, se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e conseqüentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência administrativa.

Nas democracias modernas é possível assim concluir que esta característica do agir estatal é transcendente ao texto positivado. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

4.3 A TÔNICA DA REFORMA DO ESTADO

Em que pesem as considerações retro que apontam para a dispensabilidade do acréscimo ao *caput* do art. 37, o fato é que, em concreto, na promulgação da Emenda Constitucional 19, durante a última década do século XX, o discurso teórico do grupo político dominante, que almejava legitimar a medida, considerava que as diversas atividades absorvidas pelo Estado do bem-estar social faziam com que este já não atendessem mais de

¹⁸¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

¹⁸² MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.2.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.19.

forma satisfatória e eficiente às ali reputadas reais necessidades da sociedade. Por este raciocínio, regredindo parcialmente à concepção clássica liberal, seria necessário diminuir o tamanho do Estado, para que fosse assim possível focalizar e se concentrar nas atividades declaradas verdadeiramente essenciais para garantir a eficiência, sem, contudo, retornar à fase inicial do completo abstencionismo. Tratava-se de uma lógica incorporada desde a década anterior pelos governos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, nas gestões respectivas do Presidente Ronald Reagan e da Primeira Ministra Margaret Thatcher.

Por esta lógica político-econômica, o Estado continuaria a intervir, embora agora indiretamente, na ordem social e econômica, além de deixar de desempenhar algumas de suas atividades de mantenedor do bem-estar social. Iniciava-se naquele momento no Brasil um período de desestatização e privatização, devolvendo e delegando serviços públicos aos particulares, ainda que com uma regulação pública. O terceiro setor era chamado a firmar cada vez mais parcerias e contratos com a Administração Pública, dentro de uma perspectiva de publicização do direito privado (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OCIP¹⁸⁴) e de privatização do direito público (Organizações Sociais – OS¹⁸⁵).

Passados dez anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e meses antes da Emenda Constitucional 19, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmava que,

reproduzindo o mesmo modelo do colonialismo antes apresentado na história, o neoliberalismo tornou-se ‘moda’ ‘politicamente correta’, embaraçando conquistas sociais, travando propostas coerentes com as novas demandas políticas do povo, extinguindo direitos. [...] A década de desjuridicização passa pela desconstitucionalização que vê romper um cabedal de direitos fundamentais que se vinha alicerçando sob o signo de uma sociabilidade comprometida com o princípio da solidariedade juridicamente acalentada¹⁸⁶.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, há um grande paradoxo no Direito brasileiro. A busca por meios privados de atuação administrativa parte da premissa de que o regime jurídico da Administração Pública impede o seu adequado funcionamento, sendo esta reconhecida como antiquada, ultrapassada e ineficiente. Ocorre que, ao invés de se buscar a flexibilização da atuação administrativa por intermédio de alteração normativa, é mantido o Direito posto e se parte para formas paralelas à margem das normas constitucionais¹⁸⁷. Para garantir o princípio do Estado de Direito seria indispensável, para esta autora, ou mudar o

¹⁸⁴ BRASIL. *Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

¹⁸⁵ BRASIL. *Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

¹⁸⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 98

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.227.

Direito, se considerado inadequado; ou cumprir as normas atuais, se necessárias ao exercício da função administrativa¹⁸⁸.

Considerando o caráter político da Constituição, torna-se evidente, neste contexto, que a previsão expressa do princípio da eficiência em texto constitucional trazia em si um forte componente retórico-ideológico, pois buscava claramente estabelecer aparentes identificações simbólicas: de um lado, entre o antigo e o ineficiente; de outro, entre o novo (pós Emenda Constitucional) e o eficiente. Do contraste – delas deduzido –, era permitida a sustentação do projeto de Estado e de poder.

Na avaliação de Egon Bockmann Moreira, foi um “despropósito” transpor parâmetro da administração gerencial privada competitiva para o setor público, guindado à condição de princípio constitucional da Administração Pública. Isso porque não se trataria sequer de um princípio, não tendo vínculo direto e imediato com o Direito e nem tampouco fazendo parte da tradição constitucional. Representaria, em outra medida, uma desfragmentação da identidade essencial do texto constitucional. Não geraria nenhum benefício concreto, uma vez que o controle da eficiência não poderia partir de norma genérica e abstrata de conduta, exigindo, ao revés, configuração precisa e minuciosa, a partir de pautas previamente definidas de comportamento a estabelecer o alcance de resultados e a utilização dos correspondentes recursos¹⁸⁹. Ainda para ele,

a Administração Pública não pode ser só orientada para a questão dos lucros sobre capital – olvidando ou deixando como questão secundária as implicações sociais primárias da atividade administrativa. Seria celebração peremptória, como máxima constitucional, de interesses secundários da Administração. Isso sobretudo em países em via de desenvolvimento, como o Brasil, em que não existe a consolidação real de uma gama de direitos e garantias aos cidadãos¹⁹⁰.

O próprio Egon Bockmann Moreira, todavia, apesar de sua crítica negativa à inovação constitucional, entende que “o Direito não precisa subordinar-se a outros mundos do conhecimento, mas pode sentar-se à mesa e aprender com eles – numa construção positiva da norma a ser aplicada”. Logo, seria ainda assim possível uma interpretação positiva do princípio da eficiência administrativa, considerando:

- a) O pressuposto hermenêutico do legislador racional, suprimindo ou corrigindo eventuais vícios e desvios observados no texto efetivamente legislado.
- b) A perspectiva de uma interpretação sistemática e coerente com as demais normas constitucionais, técnica esta não necessariamente relacionada de forma estrita aos

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.227-228.

¹⁸⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p.181-182.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.184.

conceitos da economia e da administração de empresas.

c) O princípio da máxima eficácia dos direitos sociais, direcionado ao máximo de benefícios concretos ao cidadão¹⁹¹.

De fato, embora se reconheça neste estudo, tanto que o princípio da eficiência se encontrava em caráter implícito na Constituição brasileira de 1988, uma decorrência da necessária funcionalidade do próprio Estado Democrático de Direito; quanto a existência concreta de um claro componente retórico-ideológico na iniciativa de promulgação da Emenda Constitucional 19, de modo a garantir politicamente sustentar um projeto de Estado e de poder; é aqui afirmado que a previsão constitucional em foco transcende à sua conjuntura histórica de origem, ao tempo em que expurga eventuais vícios de formação.

Em si mesma, para além de compromissos ideológicos ou político-partidários, a positivação do aludido princípio no texto constitucional representa, em verdade, no campo simbólico, um compromisso e uma expectativa da sociedade brasileira em um aparato estatal funcional, que realmente traduza o Estado Democrático de Direito e satisfaça ao interesse público, concretizando os direitos fundamentais. Ademais, adotando-se o conceito de princípio em Robert Alexy, não parece lógico recusar à eficiência administrativa o caráter de um autêntico mandamento de otimização direcionado à Administração Pública.

Por outro lado e de acordo com Fernando Leal, se o ordenamento jurídico passa a reconhecer expressamente um compromisso jurídico com a eficiência administrativa, para se justificar agora o seu uso institucional não é necessário mais buscar preliminarmente um valor intrínseco para um resultado eficiente de distribuição de recursos. Pelo contrário, a margem jurídico-pragmática decorrente da inovação constitucional permite que o juiz passe a considerar as consequências sistêmicas de sua decisão, pela jurisdicização de considerações práticas, sem que tal recurso de argumentação seja reputado de natureza extrajurídica. O grande problema passa a ser saber como e quando será necessário recorrer ao argumento pragmático sem que se corra o risco de institucionalizar todo tipo de argumentação consequentialista ou de funcionalizar direitos¹⁹².

Logo, justamente porque ainda consideravelmente imerso nos influxos da tradição cultural positivista de apego ao texto escrito da lei, o operador do Direito passa a dispor de um importante instrumental retórico-formal a amparar no campo argumentativo a prevalência do

¹⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p.185-187.

¹⁹² LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.3-4.

papel e do perfil adequados da atuação da Administração Pública direcionada a uma gestão de resultados. Reitere-se, entretanto, que aqui se entende que o princípio da eficiência administrativa é uma decorrência necessária do próprio Estado Democrático de Direito, possuindo, portanto, força normativa independentemente de sua previsão em texto normativo.

Segundo Sylvie Trosa, o Estado muda porque a sociedade muda. Assim, não lhe é mais possível permanecer indiferente, por exemplo, à globalização econômica e tecnológica, sob o risco de sua capacidade de influência ser reduzida. Não pode igualmente se manter alheio à evolução do cidadão usuário, que muito mais que simples cortesia, espera e confia em serviços verdadeiramente adaptados a suas específicas necessidades, ao invés de soluções genéricas e impessoalmente válidas. Não lhe cabe mais mostrar indiferença quanto aos anseios do seu quadro de servidores, na medida em que a ausência de capacidade de iniciativa somada à lentidão dos circuitos de gestão faz com que, embora se empenhem por resultados e por se aproximarem dos usuários, nem sempre tenham capacidade de assumir iniciativas ou apresentar soluções. Não lhe é franqueado tampouco ignorar a pressão que a opinião pública lhe exerce, não pela prestação de contas tradicionais, mas sim dos serviços prestados aos cidadãos, no que tange aos seus custos e a sua eficácia¹⁹³.

O bom desempenho da Administração Pública implica na passagem do universal abstrato a soluções específicas, o que pressupõe que os servidores disponham de meios para analisar o método e a gama de instrumentos mais adaptados. As respostas mais bem adaptadas às expectativas do usuário necessitam da reorganização dos serviços, da racionalização e simplificação dos procedimentos e do trabalho em equipe de projetos flexíveis¹⁹⁴.

Nesse mesmo tom de uma nova forma de compreensão da coisa pública, Antonio Carlos Flores de Moraes defende que a reforma administrativa não deve se resumir à promulgação de normas jurídicas, mas sim traduzir verdadeira atitude permanente de gestão¹⁹⁵.

A partir de tais fundamentos se concorda com Paulo Modesto, quando afirma que a inserção textual não representou uma mera extravagância retórica no plano jurídico, até porque, “admitida a gestão pública como necessariamente racional e instrumental, porque destinada a servir ao público na justa proporção das necessidades coletivas, torna-se

¹⁹³ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o estado se compromete*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.19.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.40-41.

¹⁹⁵ MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.131.

inadmissível o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente”¹⁹⁶.

Em suma, a partir do enfoque de um legislador racional, pode ser dito que a textualização do princípio da eficiência administrativa em sede constitucional brasileira traduziu um imperativo normativo, antes implícito e sempre necessário do Estado Democrático de Direito. Tratou-se de um compromisso da Administração Pública com uma gestão de resultados, direcionados inequivocamente à melhor consecução do interesse público e da ótima prestação do serviço público em prol da concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

4.4 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Tratando-se de uma decorrência necessária da funcionalidade da Administração Pública, a eficiência administrativa se mostra presente no texto expresso do Direito de outros países. As diferentes disciplinas apresentam alguns traços comuns, cuja percepção se mostra útil a sua delimitação de significado, justificando assim o interesse em trazer à discussão alguns elementos do direito estrangeiro.

4.4.1 Princípio da boa administração e a eficiência na Itália

Inicialmente é importante observar que o princípio da eficiência administrativa, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, é percebido como não mais do que uma faceta do *principio di buona amministrazione* (princípio da boa administração), presente no direito italiano¹⁹⁷.

No doutrina administrativista italiana, Franco Bassi sustenta que o princípio da boa administração orienta a Administração Pública a atuar com diligência e inteligência mediana, devendo respeitar as regras de boa administração, de modo a garantir a eficiência da atividade administrativa. Seria um equivalente à figura do *bonus pater familias* do direito privado. Para ele, as regras de boa administração seriam regras derivadas da ciência moral ou retiradas da experiência, cuja relevância jurídica seria uma decorrência da importância consignada, pelo ordenamento jurídico, ao princípio da boa administração. O

¹⁹⁶ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.6.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.122.

desenvolvimento da atuação administrativa ocorreria assim conforme padrões pré-estabelecidos, resultado da experiência prática passada pelos agentes e órgãos¹⁹⁸.

Observa-se, contudo, que a Constituição da República Italiana de 1947¹⁹⁹ não versa expressamente sobre o princípio da boa administração, referindo apenas ao dever de bom andamento. De acordo com o seu art. 97, “*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”²⁰⁰.

Como leciona Sabino Cassese, o princípio do bom andamento possui um alcance muito amplo, abrangendo, tanto o dever de buscar a melhor realização do interesse público, considerando uma relação de coerência e congruência entre a atuação da Administração Pública e o fim a ser perseguido, quanto a tempestividade dos atos administrativos. Por outro lado, impõe também os deveres de economicidade (menor custo), eficácia e eficiência. É importante ressaltar que a eficiência administrativa seria aqui determinada pela razão entre resultados obtidos e quantidade de recursos utilizados, enquanto a eficácia, no entanto, representaria a capacidade de atingir concretamente as metas que tinha de antemão fixado²⁰¹.

Deste princípio do bom andamento, voltado inicialmente para a perspectiva do próprio Estado em sua atuação, na Itália se evoluiu ao princípio da boa administração, em função da defesa de direitos dos cidadãos quando em confronto com o Poder Público, alcançando diversas outras garantias constitucionais ou legais, tais como o direito de acesso à Administração e ser ouvido, o direito à motivação das decisões administrativas e o direito de apresentar defesa perante um juiz. Possui relação ainda com a imparcialidade, a razoabilidade, a equidade, a objetividade, a coerência, a proporcionalidade e a ausência de discriminação²⁰².

De acordo com a Corte Constitucional italiana, a determinação do art. 97 foi considerada, pela Assembleia Constituinte, como condição para garantir o sucesso e a equidade da administração, reconhecendo os meios para conseguir uma distribuição racional, estável e pré-determinada de tarefas, no interesse do serviço, além de garantir ao cidadão, em caso de conflito com a Administração Pública, a ciência do órgão responsável, de seus

¹⁹⁸ BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2008, p.68-69.

¹⁹⁹ ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²⁰⁰ “Os órgãos públicos são ordenados segundo disposições de lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração (Tradução livre)”.

²⁰¹ CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3.ed. Corso di diritto amministrativo. v.1. Milão: Giuffrè, 2009, p.13-14.

²⁰² *Ibidem*, p.14-15.

poderes e de sua responsabilidade²⁰³.

Ademais, o princípio do bom andamento deve orientar a disciplina da organização e das atividades da Administração Pública, bem assim das suas relações com terceiros. Os correspondentes procedimentos devem ser adequados a perseguir a melhor realização do interesse público, desde que com respeito aos legítimos direitos e interesses das partes envolvidas com a atividade administrativa²⁰⁴.

O princípio da eficiência administrativa, por seu turno, é explicado por uma série de regras, que vão desde a de organização racional dos serviços até aquelas que asseguram o seu correto funcionamento, a regularidade e a continuidade da ação administrativa e dos serviços públicos, bem assim a que obriga os dirigentes a realizar verificações periódicas acerca do respeito aos princípios da imparcialidade, da funcionalidade, da flexibilidade e da transparência e a prestar contas dos resultados em razão dos objetivos prefixados²⁰⁵.

Vale registrar que, em 5 de março de 2009, foi publicada em solo italiano a Lei 15/2009, que versa, em seu art. 6º, sobre produtividade, transparência e eficiência da Administração Pública, estabelecendo inclusive, entre diversos outros dispositivos, princípios e critérios para o bom exercício da gestão pública, tendo em vista uma melhoria na organização do trabalho e progressiva qualidade dos serviços prestados ao público, utilizando critérios de gestão e avaliação próprios do setor privado, para alcançar níveis adequados de produtividade do trabalho e promover o reconhecimento público dos méritos e deméritos²⁰⁶.

4.4.2 Boa administração na Comunidade Europeia

No âmbito da Comunidade Europeia, o princípio da boa administração conta com razoável disciplina, o que vincula e serve de parâmetro aos Estados-membros.

Foi editado, em 13 de setembro de 2000, o código de boa conduta administrativa para o pessoal da comissão europeia nas suas relações com o público, no qual foram consignados, em seu item 1, os princípios gerais de boa administração:

²⁰³ ITÁLIA. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 14/1962. Relator: Juiz Giuseppe Chiarelli. Roma, 07.03.1962. GU 12.03.1962. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

²⁰⁴ ITÁLIA. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 40/1998. Relator: Juiz Cesare Mirabelli. Roma, 25.02.1998. GU 11.03.1998. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

²⁰⁵ ITÁLIA. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 104/2007. Relator: Juiz Sabino Cassese. Roma, 19.03.2007. GU 28.03.2007. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

²⁰⁶ ITALIA. *Legge 4 marzo 2009, n. 15*. Disponível em: <<http://www.camera.it>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

a) Legalidade, pela conformação da atuação com o Direito e aplicação das regras e procedimentos previstos na legislação comunitária.

b) Não discriminação e igualdade de tratamento dos administrados, independentemente da sua nacionalidade, sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

c) Proporcionalidade, em relação aos objetivos que se pretende atingir e para que não haja imposição de encargos administrativos ou orçamentais desproporcionados em relação aos benefícios esperados.

d) Coerência, em relação à sua conduta administrativa habitual²⁰⁷.

Mais adiante, em 18 de dezembro de 2000, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia proclamaram a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice), que prescreveu, no art. 41, o direito a uma boa administração.

Ficou assim consignado que todas as pessoas passaram a ter direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União Europeia de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Assim, qualquer pessoa deve ser ouvida antes de ser tomada qualquer medida individual que a afetasse desfavoravelmente. Também deve ter acesso aos processos que se lhe refiram, com respeito aos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial. Tem direito a decisões fundamentadas por parte da Administração, bem assim ao ressarcimento, por parte da Comunidade, pelos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros²⁰⁸.

4.4.3 A eficiência administrativa nas Constituições de outros países

Algumas das cartas constitucionais mais recentes demonstram especial atenção às garantias de uma prestação eficiente dos serviços públicos, seja pela perspectiva da Administração Pública em si mesma, seja pelo enfoque do atuar dos servidores públicos.

A Constituição alemã de 1949, em sua seção destinada à contabilidade financeira, apesar de não se referir propriamente à eficiência (*Effizienz*), trata da economicidade (*Wirtschaftlichkeit*) da gestão orçamentária e econômica, disciplinando que esta deverá ser

²⁰⁷ COMUNIDADE EUROPEIA. *Código de boa conduta administrativa: relações com o público*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²⁰⁸ COMUNIDADE EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

fiscalizada e controlada pelo Tribunal Federal de Contas (art. 114, 2)²⁰⁹.

Nos termos da Constituição da Nação Argentina de 1994, os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção à saúde, à segurança e aos interesses econômicos, à informação adequada e veraz, à liberdade de escolha e a condições de trato equitativo e digno, sendo que, para tanto, a Administração Pública proverá a proteção à qualidade e à eficiência dos serviços públicos (art. 42)²¹⁰.

A Constituição da República Popular da China de 1982, dentro da perspectiva de um Estado socialista e conseqüentemente da propriedade pública dos meios de produção, prescreve que, em todos os órgãos do Estado é aplicado o princípio de uma administração simples e eficiente, o sistema de responsabilidade pelo trabalho e a formação de funcionários de modo a avaliarem o seu trabalho com vista à melhoria regular da qualidade e da eficiência administrativa e ao combate à burocracia. Na mesma linha, disciplina ainda que órgãos e servidores públicos devem confiar no apoio do povo, mantendo-se em contacto com ele, acolhendo suas sugestões e opiniões, aceitando o seu controle e trabalhando esforçadamente para o servir (art. 27)²¹¹.

Na Colômbia, a Constituição Política de 1991 erige a eficiência administrativa, entre outros, como critério para o controle financeiro, de gestão e de resultados do Estado, a cargo da Controladoria Geral da República (art. 267). Ademais, prevê que o descumprimento dos requisitos de eficiência ensejará a venda ou a liquidação dos monopólios do Estado e outorgará a terceiros o desempenho de suas atividades (art. 336). Indica ainda que o princípio da eficiência administrativa conforma os serviços de previdência social (art. 48), saúde e saneamento ambiental (art. 49) e o sistema tributário (art. 363). Por fim, estabelece que a eficiência administrativa de cada entidade territorial é critério para distribuição do gasto social (art. 350), das receitas fiscais (art. 356) e receitas correntes da nação (art. 357)²¹².

A Constituição espanhola de 1978, por seu turno, no âmbito da disciplina tributária, fixa os critérios de eficiência e economia como parâmetros para programação e execução do gasto público, a partir de uma repartição equitativa dos recursos públicos (art. 31.2)²¹³.

²⁰⁹ ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.bundestag.de>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹⁰ ARGENTINA. *Constitucion de la Nacion Argentina*. Disponível em: <www.argentina.gov.ar>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹¹ CHINA. *Constituição da República Popular da China*. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹² COLÔMBIA. *Constitucion Politica de Colombia*. Disponível em: <<http://www.banrep.gov.co>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹³ ESPANHA. *Constitución española*. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 estabelece que o princípio da eficiência regulará a atuação das instituições policiais responsáveis pela segurança pública (art. 21). Por outro lado, os atos ou omissões que afetem a eficiência que deva ser observada no desempenho de sua função ensejarão sanções administrativas aos servidores públicos, inclusive de caráter pecuniário, de acordo com os benefícios pessoais obtidos e os danos e prejuízos patrimoniais causados (art. 109 e 113). Por fim, fixa que os recursos estatais serão administrados de forma eficiente, eficaz e proba para cumprir os objetivos a que se destinam (art. 134)²¹⁴.

Em Portugal, a Constituição da República de 1976 disciplina que incumbe prioritariamente ao Estado, em âmbito econômico e social, assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público (art. 81, c). Ordena ainda que, nas instituições de saúde públicas e privadas, devem ser assegurados adequados padrões de eficiência e de qualidade, por intermédio da disciplina e da fiscalização pelo Estado das formas empresariais e privadas da medicina, articuladas com o serviço nacional de saúde (art. 64, 3, d). Pela Carta, deve ser evitada a burocratização da Administração Pública, aproximando os serviços da população e assegurando a participação dos interessados na sua gestão efetiva. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito (art. 267)²¹⁵.

A Constituição da República do Uruguai de 1967 prevê a criação do serviço civil da Administração Central, dos entes autônomos e serviços descentralizados que deverão se pautar por uma gestão eficiente (art. 60). Prescreve também que, quando a jurisdição administrativa declarar a nulidade de ato administrativo impugnado por causar lesão a um direito subjetivo do demandante, tal decisão produzirá efeito apenas no processo, ao passo que, quando a nulidade do ato ocorrer no interesse da lei ou da boa administração, a decisão produzirá efeitos gerais e absolutos (art. 311)²¹⁶.

Pode ser observado, porém, que Constituições importantes para a democracia

²¹⁴ MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹⁵ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 02 jan. 2011

²¹⁶ URUGUAI. *Constitución de la República*. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

ocidental, como, por exemplo, a francesa de 1958²¹⁷ e a norte-americana do Século XVIII²¹⁸, sequer fazem menção ao princípio da eficiência administrativa.

4.5 ELEMENTOS PARA CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Não há uniformidade de entendimento quanto à delimitação do conceito do princípio da eficiência administrativa, conquanto seja possível observar nas diversas concepções alguns elementos de convergência.

Consoante leciona Fernando Leal, caracterizada sob o enfoque econômico, a visão mais tradicional promove a sua identificação com a economicidade, vale dizer, melhores combinação de meios e distribuição de recursos que conduzem ao melhor resultado. Segundo o ângulo da práxis jurídica, porém, é alcançada pela maior satisfação das necessidades em função do peso racionalmente atribuído pelo agente aos diversos bens pretendidos. A rigor, não se trata aqui propriamente de eficiência, mas sim do conceito econômico de maximização ou do conceito administrativo de eficácia. Eficiente poderia ser, conforme a concepção que seja adotada, tanto o resultado que se encontra além de determinado patamar de qualidade na direção do fim almejado, quanto o atingir do fim ao máximo. Sob o enfoque jurídico, porém, a eficiência transcende à economicidade. Não é suficiente ter em consideração somente os custos, mas sempre as finalidades e o atendimento de requisitos materiais mínimos²¹⁹.

A qualificação da eficiência como princípio estaria vinculada à diferenciação entre fins internos e externos. Não estaria, portanto, no mesmo nível dos princípios da legalidade ou da publicidade, mas sim junto ao dever de moralidade, orientando qualquer conduta da Administração Pública que vise ao alcance de finalidades públicas: uma consideração da meta-finalidade com as sub-finalidades. Trata-se, portanto, de um princípio destinado a um amplo estado de coisas que, por seu turno, abrange outros mais restritos. Para além de um princípio, contudo, o dever de eficiência pode ser visualizado como um instrumento de estruturação de como a atuação da Administração Pública deve alcançar suas

²¹⁷ FRANÇA. *Constitution de la République française*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹⁸ ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

²¹⁹ LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.4-5.

finalidades²²⁰.

Humberto Ávila destaca que, sob o ângulo da eficiência administrativa, a escolha do meio que proporcione o menor dispêndio financeiro não pode implicar necessariamente na opção menos custosa. Ao contrário, havendo alternativas, embora mais custosas, que apresentem outras vantagens, a menos custosa somente deve ser adotada se as vantagens das demais não superarem o benefício financeiro desta. O menor custo é somente, portanto, um dos diversos elementos em consideração, não havendo dever absoluto de escolha pelo meio que lhe corresponda, pois a medida pode até ser menos dispendiosa e ainda assim menos eficiente. Em verdade, a escolha apenas deve recair sobre o meio menos dispendioso quando se mantiverem inalteradas, em relação a todos os meios disponíveis, tanto a restrição de direitos dos administrados quanto o grau de realização dos fins administrativos²²¹.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, a eficiência administrativa não pode mais ser entendida contemporaneamente no seu conceito econômico, como mero incremento da produção de bens e serviços, com a redução de insumos e aumento de lucros. Pelo contrário, precisa ser reconhecida por uma percepção mais ampla, como uma eficiência sócio-econômica, vale dizer, um complexo de resultados em prol da sociedade. Trata-se de produzir, da forma mais célere possível, bens e serviços de melhor qualidade e na maior quantidade possíveis, a partir dos menores custos para a sociedade²²².

No conjunto de novos paradigmas oriundos da pós-modernidade, a eficiência é verdadeiro desafio a ser pela Administração Pública superado, em prol da busca pela mais razoável e a menos conflituosa orientação científica, sem simpatias políticas ou emocionais, mas apenas pautada pela preservação da liberdade e pela realização dos direitos fundamentais, tendo em mira o desenvolvimento econômico e social²²³.

Odete Medauar defende que:

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 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

²²⁰ LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.11-12.

²²¹ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.20-21.

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.103.

²²³ *Ibidem*, p.121-122.

Pública, com raras exceções²²⁴.

Na concepção de Manoel Jorge e Silva Neto, entretanto, a partir dos estudos de Epicuro na antiguidade, há uma ligação entre os princípios da eficiência e da economicidade, salientando que este último seria uma decorrência do pensamento hedonista na conduta administrativa, uma vez que

o hedonismo produz reflexos no contexto da atuação da Administração Pública, pois ao cometer ao ser humano a tarefa de prover as suas necessidades com a menor quantidade possível de esforço e sacrifício, impinge-a a realizar o máximo em termos de consecução do interesse público com o mínimo de dispêndio de tempo e de recursos, razão pela qual se vê conduzida pelo princípio da economicidade, que outra coisa não é que o pensamento hedonista transportado para o atuar administrativo²²⁵.

Para Fernanda Marinela, a eficiência administrativa requer presteza, perfeição e rendimento funcional do desempenho da atividade administrativa, que deve buscar resultados práticos de produtividade e de economicidade. Em consequência, haverá redução de desperdício do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, no setor público, o benefício é direcionado ao interesse comum. Quanto aos serviços públicos, o princípio impõe o aperfeiçoamento em sua prestação, que deve ser eficiente, seja em relação aos meios para implementar, seja quanto aos resultados obtidos²²⁶.

Conforme informa Dirley da Cunha Júnior,

a atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer idéia de burocracia. Deve ser, outrossim, perfeita, no sentido de satisfatória e completa. Uma Administração morosa e deficiente se compromete perante o administrado com o dever de indenização pelos danos causados e decorrentes da falta de rapidez e perfeição. Ademais, é preciso ser rentável, pois ela deve atuar da forma menos onerosa possível, porém com a máxima produtividade, para alcançar resultados ótimos²²⁷.

A Administração Pública, consoante explica Onofre Alves Batista Júnior, encontra-se vinculada à busca pelo bem comum e à necessidade de assegurar a dignidade humana aos cidadãos, motivo pelo qual deve fomentar o arranjo otimizado de interesses públicos envolvidos no caso concreto, atuando de forma eficiente nas prestações estatais que garantam condições mínimas de existência digna²²⁸.

Hely Lopes Meirelles identifica que a eficiência administrativa corresponde ao

²²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.145.

²²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.441.

²²⁶ SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Direito administrativo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2006, p.45.

²²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009, p.44.

²²⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 129-130.

mais moderno princípio do direito administrativo, pois, não apenas se conforma com a legalidade, como igualmente busca resultados positivos para o serviço público e satisfatórios no atendimento das necessidades coletivas. Para ele,

a eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e a sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos, a aperfeiçoa-se o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional, e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica²²⁹.

De acordo com Diógenes Gasparini, a eficiência da conduta administrativa deve ser alcançada, ao se considerar que:

as atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns casos, possam existir. Deve-se com esse desempenho, rápido e perfeito, atingir um maior número de beneficiados. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas²³⁰.

Para fins de fixação de uma definição conceitual e de seus limites, Egon Bockmann Moreira defende que pode ser entendido que o princípio da eficiência apresenta como atributos:

- a) Estrita vinculação aos demais princípios constitucionais da Administração Pública, servindo assim de máxima instrumental para o alcance das demais previsões constitucionais.
- b) Direcionamento à maximização do respeito à dignidade humana, considerando que as finalidades da lei devem sempre ter em vista qualidades humanas e sociais positivas.
- c) Atuação como diretriz de controle interno da Administração Pública, enquanto modo de avaliação do desempenho funcional dos servidores públicos.
- d) Conformação ao controle de metas previamente estabelecidas em âmbito normativo (legal, regulamentar ou contratual), significando o dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa pública²³¹.

²²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p.90-91.

²³⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.20.

²³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p.204-208.

Alexandre de Moraes, por fim, aponta uma série de características que entende próprias ao princípio da eficiência:

a) Direcionamento da atividade e dos serviços à efetividade do bem comum, pois o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos deve servir como vetor de interpretação à Administração Pública, seja na produção de leis e atos normativos, seja na aplicação da norma.

b) Imparcialidade, com base na lição de Maria Teresa de Melo Ribeiro, como garantia da exclusão de finalidades alheias ao interesse público e de interferências exteriores indevidas na atuação da Administração Pública, especialmente no que tange ao procedimento administrativo.

c) Neutralidade, de acordo com João Baptista Machado, não no sentido de abstenção, mas como isenção na valoração de todos os interesses em conflito, fazendo prevalecer o ideal de justiça e fixando regras justas.

d) Transparência, estabelecendo condutas positivas contra a corrupção e o tráfico de influência, bem assim afastando o favorecimento e a discriminação.

e) Participação e aproximação dos serviços públicos da população, garantindo-se a participação do usuário na Administração Pública, a partir de um desdobramento do princípio da soberania popular.

f) Eficácia, tanto em termos materiais, no adimplemento das competências ordinárias e na execução e no cumprimento dos objetivos próprios da Administração Pública; quanto em termos formais, no âmbito do procedimento administrativo com a obrigatoriedade de impulso e resposta do ente público em relação ao peticionar dos administrados.

g) Desburocratização, evitando-se, conforme José Joaquim Gomes Canotilho, a rotina e a demora na resolução dos conflitos.

h) Busca pela qualidade, com a otimização dos resultados e tendência à condição de melhoria permanente, seja pelo treinamento e desenvolvimento do serviço público, seja pelo seu reaparelhamento e racionalização²³².

Ao final, como síntese, conceitua este último autor que:

princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-

²³² MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.32-36.

se que não se trata da consagração da tecnocracia, mas, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum²³³.

Em suma, as normas nacionais e estrangeiras que tratam da matéria e os diferentes conceitos propostos pela doutrina parecem apontar – como característica comum – a um imperativo de maximização da funcionalidade da Administração Pública, ou seja, potencializar a sua atuação no sentido da consecução do interesse público e salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

Trata-se de um compromisso permanente e obrigatório do agente público, em qualquer de suas atribuições, contra a má utilização e o desperdício de tempo e recursos materiais e humanos. É o direcionamento da gestão pública à consecução da boa administração em todos os seus aspectos práticos. Agir de forma eficiente no setor público significa assim empregar não mais que os procedimentos, as medidas e os recursos suficientes e estritamente necessários ao tempestivo e perfeito alcance da finalidade pública almejada em cada hipótese concreta.

O princípio da eficiência administrativa pode ser então aqui conceituado como aquele que *direciona a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.*

4.6 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO

Há quem entenda que a norma constitucional que enuncia a eficiência administrativa sequer seria rigorosamente um princípio, mas sim um “postulado normativo aplicativo”, vale dizer, uma norma instrumental que estabeleceria a estrutura de aplicação para outras normas.

Humberto Ávila sustenta uma espécie de relação entre proporcionalidade (em sentido lato) e eficiência, dois postulados normativos aplicativos. Para ele, no exame da adequação, a Administração Pública teria o dever de comparar os meios disponíveis em termos quantitativos (qual promove mais o fim), qualitativos (qual promove melhor o fim) ou probabilísticos (qual promove com mais certeza o fim), mas não seria necessário escolher o

²³³ MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.37.

meio mais intenso, melhor ou mais seguro, mas sim e apenas aquele que promovesse minimamente o fim²³⁴. Diferentemente da observância da simples adequação do meio, o dever de eficiência corresponderia à exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à Administração Pública, razão pela qual a esta seria vedada somente a escolha de meios que não promovesse os fins de forma satisfatória em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para além da mera adequação dos meios aos fins, seria exigida do administrador, pela eficiência, a promoção minimamente intensa e certa do fim²³⁵.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, no entanto, a proporcionalidade tem “a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”²³⁶. Não é essa, contudo, a mesma natureza da norma que disciplina a eficiência administrativa, que, pelo contrário, exige que o seu valor substancial seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

Entender diversamente implicaria em esvaziar o próprio conteúdo do princípio da eficiência, na medida em que, ao praticamente se confundir com a máxima da adequação em caráter complementar, sua finalidade de perseguir uma maximização de resultados da gestão administrativa reduzir-se-ia, pelo contrário, à salvaguarda de um mínimo, aqui correspondente ao meramente satisfatório.

Conforme as circunstâncias que se apure caso a caso, em cotejo com os demais princípios que atendem a uma perspectiva mais ampla de juridicidade ao qual a Administração Pública está submetida, o princípio da eficiência pode ser concretizado em maior ou menor medida. O que o Estado Democrático de Direito verdadeiramente condiciona é que a Administração Pública fomente a potencialização, da melhor forma possível, de meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público.

Enquanto uma atuação administrativa simplesmente é ou não proporcional em termos estritamente binários, o princípio da eficiência determina que a Administração Pública identifique a solução ótima a atender ao caso concreto, que empreste eficiência no maior grau possível neste processo.

²³⁴ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010, p.21-23.

²³⁵ *Ibidem*, p.23-24.

²³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.168.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.bundestag.de>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Direito, razão, discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA. *Constitucion de la Nacion Argentina*. Disponível em: <www.argentina.gov.ar>. Acesso em: 02 jan. 2011.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. amp.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BAHIA. *Lei n 7.619, de 30 de março de 2000*. Cria o município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do município de Barreiras. Disponível em: <<http://www.casacivil.ba.gov.br>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Seção Especializada em Dissídios Individuais II. MS 0000376-74.2010.5.05.0000. Relatora: Desembargadora Dalila Andrade. Salvador, 08.09.2010. DEJT 10.09.2010. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)*, Salvador,

Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4.reimp.da 6.ed. de 1994. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria geral do direito*. 2.ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do estado social ao estado liberal*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *País tem quase 90 milhões de processos em tramitação na Justiça*. Notícia disponibilizada em 14 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 05, de 18 de outubro de 2005*.

Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 76, de 12 de maio de 2009*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1947*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan.. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico – 2002*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico – 2010*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Quarta Turma. Resp 403.919/MG. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 15.05.2003. DJ 04.08.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Turma. Resp 737.047/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 16.02.2006. DJ 13.03.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Movimento Processual nos anos de 1940 a 2010*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Segunda Turma. HC 73.662-9/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21.05.1996. DJ 30.05.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Segunda Turma. HC 77.003-4/PE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16.06.1998. DJ 11.09.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. AC 200 QO/SP. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 12.05.2004. DJ 04.06.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADC 12/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 20.08.2008. DJ 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.160-5 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13.05.2009. DJE 23.10.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.240-7/BA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09.05.2007. DJ 03.08.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 2.979/ES. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 15.04.2004. DJ 04.06.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 3.367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 13.04.2005. DJ 17.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso

em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. HC 71.373-4/RS. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 10.11.1994. DJ 22.11.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. MS 24.448-8/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 27.09. 2007. DJ 10.03.1989. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. RE 579.951-4/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20.08. 2008. DJ 24.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. RE-QO 413.478-1/PR. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 22.03. 2004. DJ 04.06.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. SE 5206-7/Reino da Espanha. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 12.02.2001. DJ 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. STA-AgR 171/PR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 12.12.2007. DJ 29.02.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Estatísticas da movimentação processual por ano (desde 1941) da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Sexta Turma. RR-8952000-45.2003.5.02.0900. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 10.02.2010. DEJT 19.02.2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-ED-RR-1500-11.2004.5.02.0025. Redator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 10.12.2009. DJ 26.02.2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-RR-1066/2006-020-03-00.9. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Brasília, 13.08.2009. DEJT 21.08.2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-RR-1.074/2002-071-02-00.0. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, 05.12.2006. DJ 19.12.2006. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

Orientação Jurisprudencial 153. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 126*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.reimp.da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.43-77.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Alterações no código de processo civil*. 2.ed. rev. e atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Elementos de teoria geral do processo*. 7.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.3-42.

CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3.ed. *Corso di diritto amministrativo*. v.1. Milão: Giuffrè, 2009.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na Administração Pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CHINA. *Constituição da República Popular da China*. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do direito*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COLÔMBIA. *Constitucion Política de Colombia*. Disponível em: <<http://www.banrep.gov.co>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

COMUNIDADE EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Código de boa conduta administrativa: relações com o público*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império da lei*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPANHA. *Constitución española*. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bolonha: Il Mulino, 2007.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo; revisão de tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

FRANÇA. *Constitution de la République française*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

FREITAS, Graça Maria Borges. Formação de magistrados no Brasil: um modelo educativo institucional em construção após a Constituição de 1988. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n.76, p.81-92, jul./dez., 2007.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *A lista de Schindler: sobre abismos que o direito dificilmente alcança*. Tradução de Ricardo Menna Barreto e Germano Schwarz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20.ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

ITÁLIA. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 104/2007. Relator: Juiz Sabino Cassese. Roma, 19.03.2007. GU 28.03.2007. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010

_____. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 14/1962. Relator: Juiz Giuseppe Chiarelli. Roma, 07.03.1962. GU 12.03.1962. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Sentença 40/1998. Relator: Juiz Cesare Mirabelli. Roma, 25.02.1998. GU 11.03.1998. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

_____. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

_____. *Legge 4 marzo 2009, n. 15*. Disponível em: <<http://www.camera.it>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. *Revista Estudos Históricos*. n.18. CPDOC/FGV, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9.ed. Tradução original de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Entre o acesso à justiça e a “dependência química” do judiciário: a conciliação prévia e o resgate da cidadania. *Suplemento Especial “O Trabalho” de doutrina em fascículos*. n.164. Curitiba: Decisório Trabalhista, out./2010, p.5826-5844.

_____. Pós-positivismo e os princípios em Robert Alexy. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n.2740, 1 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 2 jan. 2011.

_____; CAPLAN, Luciana. A vinculação do órgão julgador à concessão de tutela antecipada de ofício. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Bahia*. n.3, jun 2004. Salvador: AMATRA5, 2004, p.83-87.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et al* (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.57-99.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n.378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

_____. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1182, 26 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. *Processo de conhecimento*. Curso de processo civil. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. São Paulo: Nova Fronteira, 1991.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2010.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.25-54.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1-13.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na justiça do trabalho após a emenda constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 65, n. 02, p.151-162, fev., 2001.

_____. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.259-295.

_____. A tutela metaindividual trabalhista: uma exigência constitucional. *Revista trabalhista direito e processo*. Brasília: Anamatra; Rio de Janeiro: Forense, n.28, ano 7, p. 35-71, out./dez. 2008.

_____. Lides simuladas: a Justiça do Trabalho como órgão homologador. *Revista LTr*. São Paulo, v. 64, n.01, p.39-56, jan., 2000.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n.73, p. 85-122, jan./jun. 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Nápoles: Jovene, 2002.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

_____. *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. *Conjecturas e refutações*. Tradução de Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2006.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 02 jan. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, 2008, p.39-61.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Fundamentos do direito*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1988, p. 95-116.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES PINTO, José Augusto; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual da conciliação preventiva e do procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Direito administrativo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2006.

SÃO PAULO. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Quinta Câmara (Terceira Turma). AP 0195200-82.1997.5.15.0041 – Relatora: Juíza Ana Maria Vasconcelos. Campinas, DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador, Juspodivm: 2008.

SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*.

Coimbra: Almedina, 1994.

STERN, Maria de Fátima Côelho Borges; LUDWIG, Guilherme Guimarães. Penhora on line: celeridade e efetividade. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Bahia*. n.4, jan 2005. Salvador: AMATRA5, 2004, p.253-260.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.91-160.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o estado se compromete*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

URUGUAI. *Constitución de la República*. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p.128-135.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.