Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 15 – agosto/setembro/outubro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PROPOSTAS PARA UMA ABORDAGEM TEÓRICO-METODOLÓGICA DO DEVER CONSTITUCIONAL DE EFICIÊNCIA

Prof. Fernando Leal
Mestre em Direito Público (UERJ). Professor contratado de Filosofia do Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Sumário: 1. Apresentação dos problemas fundamentais 2. Conteúdo e delimitação do tema 3. Natureza 3.1. Em que sentido se pode defender um "princípio da eficiência"? 3.2. O dever metodológico de eficiência no raciocínio com meios e fins 3.2.1. Eficiência e Proporcionalidade 4. Eficiência como mecanismo regulativo dos procedimentos de ponderação de princípios em relação às possibilidades fáticas 5. Conclusão.

1. APRESENTAÇÃO DOS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS

Com a emenda constitucional nº 19/98, o *caput* do artigo 37 da Constituição passou a incluir o dever de eficiência como elemento conformador da atuação da Administração. A obediência ao enunciado "princípio da eficiência" foi expressamente introduzida no texto da carta, vinculando a atuação daqueles que exercem funções administrativas a um determinado modo de realização das finalidades públicas. No entanto, a positivação do dever de eficiência não pareceu inovar muito na esfera jurídico-administrativa, uma vez que as exigências subjacentes a ele já se faziam presentes em diversos dispositivos constitucionais e infra-constitucionais. Basta a referência aos artigos 74, II, e 144, §7º, da CF, que claramente mencionavam o termo, além de outras prescrições que apontavam para idéias que, de certa forma, compõem o seu núcleo semântico, tais quais *presteza*, *precisão*, *perfeição*, *rendimento funcional*[1];

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 90.

idoneidade, *economicidade*, *qualidade*[2]; *otimização*, *busca do melhor*[3]; *priorização*, *integração*, *funcionalidade* e *desempenho*[4].

Ainda assim, a inclusão da eficiência no rol dos princípios norteadores do agir da Admninistração Pública não parece ter sido de todo irrelevante, ou, como já se disse, *desnecessária* e *redundante*[5]. Razões políticas presentes no contexto da reforma administrativa promovida pela EC 19/98 já seriam suficientes para justificar esse ponto de vista.

Mas não pretendemos, aqui, seguir com essa discussão. Mais importante que tentar investigar se houve alguma inovação é, partindo de sua positividade, (i) definir a natureza do dever de eficiência, (ii) buscar um conteúdo autônomo (se é que existe) e, sobretudo, (iii) mostrar como ele funciona no raciocínio jurídico, em especial, no âmbito do raciocínio judicial. Em outros meios, procurar (i) saber se a eficiência é um princípio, regra ou postulado/princípio instrumental[6]; (ii) diferenciá-la de outros deveres e princípios aos quais é geralmente reconduzida, *v.g.*, Estado social, legalidade, boa administração e proporcionalidade; e (iii) delinear, dando destaque à prática dos tribunais superiores, seu *modus operandi*. Desenvolver respostas para esses problemas de ordem conceitual, ontológica e pragmática pode ser a chave para encontrar e justificar o "algo a mais" decorrente da inserção do termo no texto constitucional. Este trabalho tentará fornecer subsídios para o devido enfrentamento dessas questões, mas sem a pretensão de esgotar o debate. Reflexões serão apresentadas a fim de contribuir para a discussão acadêmica sobre o tema, tentando, na medida do possível, seguir os pontos destacados.

2. CONTEÚDO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Do ponto de vista do discurso moral, definir o conceito mais correto de eficiência é uma das preocupações centrais da ética que subjaz à análise

[2] MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004, p. 10.
[3] FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75.
[4] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 423ss.
[5] MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência, op. cit., p. 7.
[6] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93ss. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 332. Para evitar confusões desnecessárias usaremos, doravante, o termo "postulado", no sentido defendido por Humberto Ávila, para nos referirmos às meta-normas que regem a aplicação de princípios e regras.

econômica do direito. Múltiplas alternativas se colocam nesse sentido, como Pareto e Kaldor-Hicks, para citar os mais famosos[7].

Não se pretende aqui discutir a correção moral desses critérios e tampouco apresentar os conflitos com outros critérios normativos vinculados a escolhas ou realização de finalidades sociais, tais quais justiça e igualdade. Se o legislador e o aplicador devem ou não tomar decisões políticas com vistas à maximização da riqueza social não é algo que se coloque conceitualmente como um embate entre opções morais ou concepções sobre o papel do direito. Buscar um valor intrínseco para um resultado eficiente de distribuição de recursos a tal ponto que justifique seu uso institucional não deve ser, por exemplo, uma questão *preliminar* em um ordenamento como o nosso, que expressamente reconhece um compromisso jurídico com a eficiência[8]. Ao que tudo indica, sua inclusão na Constituição abre um espaço para a utilização de critérios pragmáticos na adjudicação, ou seja, autoriza o juiz a considerar as conseqüências sistêmicas de sua decisão[9], sem que isso possa ser considerado como um recurso extrajurídico de argumentação. Na verdade, o que permite o dispositivo, *se for possível considerá-lo de fato como um princípio jurídico*, é juridicizar considerações práticas[10]. O grande problema a ser enfrentado, então, passa a ser o devido trabalho com essa margem jurídico-pragmática deixada pelo constituinte, especialmente pela necessidade inafastável de compô-la com um amplo sistema de direitos garantidos na *Lex Mater*. Saber como e quando será normativamente decisivo o recurso a argumentos pragmáticos é, neste ponto, fundamental para que se evite a institucionalização de toda e qualquer argumentação conseqüencialista e, sobretudo, certa "funcionalização" dos

[7] Ambos são versões do Teorema de Coase, consoante o qual, na ausência de custos de transação, a solução eficiente é atingida independentemente de quem arca com a responsabilidade. De acordo com o critério de Pareto, uma distribuição é considerada eficiente quando não é possível (re)distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada. Uma distribuição eficiente é chamada otimal de Pareto. O critério de Kaldor-Hicks, identificado como maximização da riqueza, que tem em Richard Posner seu maior divulgador, se refere a um potencial de melhoria de Pareto. O critério enuncia que uma distribuição de recursos pode ser considerada eficiente se aqueles que tiverem sua situação melhorada puderem *compensar* aqueles que tiveram sua situação piorada com a mudança, para que estes fiquem tão bem como antes da alteração (em seu próprio julgamento) e aqueles fiquem em melhor situação (também em seu próprio julgamento). O critério, porquanto menos rígido, é mais satisfatório que o de Pareto. Sobre as discussões vide STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 30, 41ss. POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, cap. I. DWORKIN, Ronald. É a riqueza um valor? **in** *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[8] É exatamente a falta de clareza quanto ao compromisso que o sistema jurídico norte-americano tem em relação à eficiência - ou a algum sistema ético utilitarista - que dá ensejo a uma vasta discussão acadêmica no país a respeito da correção de teses que relacionam justiça e eficiência. Nesse sentido, vide DWORKIN, Ronald. Por que a eficiência? **in** *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 434.

[9] POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. **in** *Metaphilosophy*, vol. 35, nº 1/2, Janeiro/2004, p.150-151.

[10] Para uma tipologia de argumentos vide ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 1, junho-agosto, 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004, especialmente p. 6ss.

direitos[11], algo que foge aos objetivos do presente texto. Por tal razão, quando nos referimos ao conteúdo da eficiência, buscamos uma análise que privilegie não uma abordagem jusfilosófica do instituto, mas uma dimensão prática, feita a partir das idéias que geralmente são vinculadas à eficiência, especialmente as decorrentes das atividades doutrinária e jurisprudencial. Isso é necessário para uma posterior delimitação das implicações metodológicas do suposto princípio.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais superiores associam o termo eficiência a uma série de noções não apenas distintas, como, de certa forma, logicamente independentes. Ou seja: essas várias dimensões da eficiência podem ser analiticamente decompostas sem que o exame de umas delas dependa necessariamente de(as) outra(s). A razão de tal fato reside na multiplicidade de conceitos de eficiência que se pode obter a partir da agregação de conteúdos distintos. Dependendo do arranjo conseguido, diferentes conseqüências podem ser retiradas para o raciocínio jurídico. Trabalharemos, sem prejuízo de outros, com quatro desses conteúdos, informando um conceito de eficiência que pode ser chamado de *substantivo*, que também pode ser visto como um *sobreconceito* (*Oberbegriff*) abarcador de quatro distintas dimensões[12].

A mais tradicional visão de eficiência (oriunda da economia) preocupa-se sobretudo com os custos relacionados aos meios utilizados para o alcance de um resultado. Nesse sentido, a presente perspectiva identifica eficiência com economicidade, que impõe ao administrador o dever indeclinável de buscar a melhor combinação de *inputs* a menor custo[13]. O melhor resultado depende diretamente da *distribuição* de recursos, é uma conseqüência direta da disposição dos elementos[14].

Outra dimensão do conceito de eficiência que se pode retirar da *praxis* jurídica privilegia a análise do resultado. Eficiente é a conduta que permite o alcance dos fins buscados pelo agente[15]. De fato, a ciência econômica pressupõe que cada ator, porquanto racional, *maximiza* algo: consumidores maximizam a utilidade; empresas, lucros; políticos, votos etc.[16]. A questão é quase matemática: como alcançar a maior satisfação das necessidades em função do peso atribuído pelo agente às diferentes coisas desejadas. Sem embargo, o certo é que, analisando com rigor, o presente conteúdo não se refere

---

[11] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, cap. 7. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, cap. VII.

[12] No mesmo sentido veja-se LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares. **in** *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 132-3, *apud* CHICÓSKI, Davi. O princípio da eficiência e o procedimento administrativo . **in** *Revista de Direito Administrativo*, nº 237, jul/set 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 97. Sobre a idéia de sobreconceito veja-se SOBOTA, Katharina. *Das Prinizip Rechtsstaat. Verfassungs und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 411-443.

[13] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3rd. edition. Massachusetts: Addison-Wesley Longman, 2000, p. 12.

[14] STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*, op. cit. p. 40. É a lógica assente à decisão do Superior Tribunal de Justiça no MS 8.844/DF.

[15] É o que se pode detectar na decisão do STF no HC 68.898/SP.

[16] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*, op. cit. p. 10-11.

especificamente à eficiência, mas ao conceito econômico fundamental de maximização (*maximization*)[17]. No âmbito da ciência da administração, a preocupação com os resultados igualmente é relacionada a outra idéia: à de eficácia[18].

O conceito anterior admite duas especificidades. Por um lado, pode exigir que o agente público vise não somente ao alcance das finalidades, mas ao atendimento *satisfatório* dos resultados. Há um patamar de *qualidade* atado à finalidade que impede o agente de buscar *qualquer* nível de satisfação dos fins. Eficiente, assim, é o produto que está além de determinado ponto na direção do fim objetivado[19]. E, por outro, o conceito de eficiência também poderia estar vinculado ao dever de atingir o fim ao máximo, lógica que parece nortear as exigências de exploração da propriedade rural contidas na lei 8.629/93 na busca pelo atendimento de sua função social.

Pois bem. A releitura *jurídica* do conceito de eficiência agrega exigências que vão além do que se entende por conduta eficiente em outras áreas do saber. Não basta mirar os custos; há de se considerar sempre as finalidades e o atendimento de certos requisitos materiais mínimos para que esteja realizado o dever de eficiência. A eficiência pressupõe a economicidade, mas vai além dela. Daí o seu referido caráter substantivado.

É possível, decerto, criticar essa visão. Poderíamos, por exemplo, identificar os quatro conteúdos enunciados com quatro exigências distintas - também constitucionais - e renomeá-las. Do ponto de vista teórico, decompor e esvaziar a noção jurídica de eficiência propugnada por doutrina e jurisprudência pode ser crucial para a melhor delimitação do instituto, contribuindo para a definição do seu conteúdo autônomo (supra 1). No entanto, é discutível se a possibilidade de fazê-lo abstratamente possa não ser de fato útil ao aplicador do direito, já que, *in concreto*, a atuação da Administração Pública estará peremptoriamente vinculada a todas as aludidas dimensões da eficiência. Cada conduta deverá se preocupar com meios e fins, *inputs* e *outputs*, ação e resultado. Do ponto de vista prático, portanto, não parece ser tão frutífera a distinção conceitual.

Mas será isso correto? Não haverá conseqüências específicas, sobretudo no raciocínio jurídico, para se lidar com um conceito tão amplo de eficiência? Talvez seja justamente em função dessa visão substantiva da eficiência que tantas dificuldades metodológicas se colocam. Ou parece simples avaliar concretamente o cumprimento da *"exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e*

[17] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*, op. cit. p. 11.
[18] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004, p. 4.
[19] É o que se depreende da decisão do STJ no RESP 608.981/RS.

satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público"[20]*?*

Vejamos. O que se enuncia por eficiência abraça (i) o conhecimento preciso da finalidade almejada por lei, ato ou contrato de direito público, (ii) a conduta do administrador e (iii) a avaliação, ainda, da (iii.i) idoneidade da atuação do agente (sem prejuízo de se questionar se não seria esta uma exigência do princípio da *moralidade* também enunciado na cabeça do artigo 37 da Constituição), (iii.ii) da economicidade do seu ato e, finalmente, da (iii.iii) satisfatoriedade do atendimento do desiderato legal. E como determinar o que seja *idôneo*, *econômico* e *satisfatório*? Se, intuitivamente, o conceito proposto pela doutrina pode estar correto, sua aplicação não é nem um pouco isenta de conturbações, ponderações e necessárias argumentações específicas, além de dar margem a uma série infindável de confusões e sobreposições. Algumas dúvidas e provocações são lançadas nesse sentido, tomando por base, ainda, o conceito de Paulo Modesto, que, no geral, não discrepa muito do que a doutrina entende por eficiência:

- Idoneidade significa o mesmo que adequação, um dos três níveis de aferição da proporcionalidade[21]?
- A economicidade exige apenas a consideração do menor custo, exigindo que a administração tenha o dever de escolher *necessariamente* o meio que cause o menor impacto monetário?
- Como se relaciona a exigência de promoção satisfatória do resultado com a idoneidade e a economicidade? Não estaria a escolha do *melhor* meio vinculada à idéia de eficiência, como parecia, até agora, claro?
- Os deveres de idoneidade, economicidade e satisfatoriedade são cumulativos para se determinar a eficiência de uma escolha?
- Afinal, a eficiência, *como substantivamente apresentada*, é um fim em si a ser buscado ou não passa de um critério para a análise das condutas levadas adiante pela Administração na realização de finalidades? Em outros meios: é suficiente, sobretudo semanticamente, dizer "*x* é eficiente", ou o mais adequado seria afirmar "*x* é eficiente *para*"?

Essas e muitas outras questões podem ser elucidadas. Abrindo mão de um possível enxugamento do conceito (trabalhando dogmaticamente, portanto), analisemos de perto (i) a possibilidade de se considerar a eficiência como princípio e (ii) marcar as fronteiras entre eficiência e proporcionalidade. Estes constituem os objetos específicos deste trabalho.

[20] MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência, op. cit. p. 10.
[21] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 428.

3. NATUREZA

3.1. EM QUE SENTIDO SE PODE DEFENDER UM "PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA"?

Determinar a natureza da norma que impõe o dever de eficiência não envolve apenas uma questão terminológica. Não se trata aqui de somente rotular uma norma de regra, princípio ou postulado/princípio instrumental. É mais do que isso, já que a identificação da norma traz conseqüências específicas quanto ao modo de raciocínio, condicionando a atuação do aplicador.

Exemplos de descrições de condutas que apontam para um estado de eficiência na promoção de um determinado fim público podem ser retirados de *regras* como as constantes dos artigos 6º e 9º da lei 8.629/93 (que regulamenta os dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária) ou as que regulamentam o pregão como modalidade de licitação[22] (lei 10.520/02).

A grande dúvida, porém, paira sobre a adequação do termo *princípio* conferido pelo constituinte derivado. Seria a eficiência um princípio jurídico? A resposta para tal questão, é certo, depende do conceito de princípio adotado. Para tentar esclarecer essa questão, é necessário, então, testar algumas teorias dos princípios e cotejar suas teses com o que se entende por eficiência.

Ao que tudo indica, não parece ser possível defender que a eficiência seja classificada simplesmente como princípio. Pelo menos não no sentido *material* que se lhe tem atribuído. Explica-se. Se este argumento for correto, dificilmente será possível vinculá-la a um fim normativo autônomo (a própria realização da eficiência pela eficiência) e ponderá-la concreta e diretamente com outros princípios ou fins concorrentes, especialmente se o conceito de eficiência é recheado com outras exigências como as de qualidade ou eficácia. Visto dessa forma, o próprio conceito, estruturado como um amálgama de deveres, sempre comportará ponderações internas que, uma vez desenvolvidas e encontrado o resultado adequado, já apontarão a conduta a ser desempenhada pela Administração na persecução de um fim qualquer. Estruturalmente, isso quer dizer que a eficiência se aproximaria da proporcionalidade em sentido estrito. Ambas seriam postulados que comportam valorações internas[23]. Ademais, reforçando o argumento lançado, de uma forma geral, o que se costuma vincular à realização do "princípio" da eficiência espelha uma confusão entre o fim *imediato* a ser promovido e o modo pelo qual se busca promovê-lo. Isso parece correto e aparentemente impede que se vislumbre seu caráter principiológico. Mas vejamos se não é mesmo possível o trabalho com um "princípio da eficiência".

---

[22] FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, op. cit. p. 75.

[23] No caso da proporcionalidade em sentido estrito, basta citar o grau de interferência e a relação de peso abstrato entre os princípios que compõem duas das três frações da *Gewichtsformel* para se ter uma idéia de sua amplitude. Determinar seus resultados não é algo tão simples, exigindo, na maioria das vezes, elaborado exercício argumentativo. Sobre a "Fórmula de Sopesamento" vide ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **in** *Ratio Juris*, vol. 16, nº 4, dezembro 2003, p. 433-449.

Ávila define princípios, quanto à natureza do comportamento prescrito, como normas imediatamente finalísticas, que estabelecem um estado de coisas a ser buscado mediante a adoção de certas condutas[24]. Hage, de maneira semelhante, também visualiza princípios como tipos de fins (*goals*)[25], assim como, em certo sentido, Alexy, ao defini-los como mandamentos de otimização, que exigem sua realização na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas[26] (na verdade, das finalidades a eles subjacentes[27]). Sendo assim, a grande questão que se coloca, à luz dessas teorias, passa a ser: qual é o estado de coisas almejado pelo "princípio" da eficiência? A chave para o problema acerca da faceta principiológica do instituto está, para as teorias dos princípios *sub examine*, no estudo mais detido da idéia de *finalidade.*

Começemos esclarecendo duas dificuldades. Em primeiro lugar, o estado de coisas apontado pela realização de um fim qualquer não necessariamente gera, *per se*, razões para sua satisfação do ponto de vista jurídico. Para que um fim possa ser considerado juridicamente relevante é preciso que ele receba certo suporte jurídico-institucional (e a incorporação por intermédio de normas jurídicas é o meio mais elementar para tanto). Além disso, merece destaque um problema que decorre da própria linguagem. Sabe-se que a norma não deve ser confundida com sua formulação, ou seja, com o conjunto de símbolos (palavras) utilizado para enunciá-la[28]. E isso é crucial, já que é possível traduzir sem dificuldades raciocínios teleológicos em raciocínios deônticos com fórmulas do tipo "se a ação *x* contribui para a realização do fim *y*, então *x* deve ser feito"[29], o que leva a crer que toda norma pode ser reconstruída lingüisticamente como um enunciado finalístico. Se o raciocínio é correto, então deve-se ter muito cuidado na delimitação do fim buscado por qualquer norma, especialmente porque nem sempre uma norma visa ao alcance de um certo estado de coisas. A proporcionalidade, por exemplo, é uma norma de segundo grau[30], que rege a aplicação de outras normas. Enunciá-la como "princípio" porque busca a realização de um estado de coisas caracterizado pela composição proporcional de princípios colidentes desvela uma circularidade que nada esclarece. A uma porque há uma clara confusão entre o que prescreve a norma e o resultado de sua aplicação. Depois, como já dito, porque qualquer norma pode ser enunciada nesses termos e, conseqüentemente, todas teriam uma dimensão

[24] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 63.
[25] HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 99.
[26] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.
[27] HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*, op. cit. p. 99.
[28] WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y Accion. Uma investigación lógica*. Trad. Pedro García Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 109.
[29] HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*, op. cit. p. 67.
[30] Para ALEXY, a proporcionalidade é uma regra de segundo grau (*Teoria de los Derechos Fundamentales*., op. cit. p. 112, nota 84.). Ávila já prefere chamá-la de postulado normativo aplicativo (*Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 112ss.). Mas a consideração de ser ela uma meta-norma é comum às duas concepções.

principiológica. Dessa forma, a definição de um princípio jurídico nos termos apresentados requer, sobretudo, (i) a delimitação do estado de coisas almejado e (ii) a vinculação de sua realização ao sistema jurídico.

No caso específico da eficiência, é necessário saber se existe um estado de coisas autônomo e desejável buscado pela própria norma ou se ela não passa de um instrumento que pauta a realização de outros fins, estes, sim, independentes (como a proporcionalidade). Vamos supor que alguém tenha algumas balas e chocolates para dividir entre duas crianças que, respectiva e inversamente, os valorizem na ordem de 2 para 1. Eficiente, nesse caso, é o modo como aquela pessoa deve distribuir os doces (ou seja, levando em consideração os valores atribuídos por cada criança) ou o resultado da distribuição? Se substituirmos o exemplo para uma situação mais complexa, digamos, em que um agente público tem que aplicar recursos a fim de atender dois objetivos constitucionais diferentes, como atua a eficiência? É possível vislumbrá-la das duas formas.

Caracterizá-la como princípio é possível tanto através de uma investigação ética ou de filosofia do direito que identifique a eficiência como *valor*, como pelo exame da estrutura da norma. No primeiro caso basta o recurso à tese alexyana, aparentemente também endossada por Ávila, da existência de uma ampla conexão estrutural entre princípios e valores[31]. Se é possível conceber eficiência como algo desejável pela expressa manifestação da preferência do constituinte, então basta relacionar este "bem" com o "dever" de realizá-lo. Coleman, por exemplo, descreve o papel das instituições jurídicas, em uma abordagem econômica do direito, como facilitador do desenvolvimento e retificador de algumas distorções do mercado, condições necessárias para promover um estágio de distribuição de recursos (*resources*) eficiente. O mercado maximiza a interação social e contribui para a estabilidade porque é uma forma apropriada de organização racional sob certas circunstâncias empíricas, como heterogeneidade de valores, diversidade cultural e dispersão geográfica[32]. Um funcionamento, portanto, adequado desse modelo, que atribui ao direito o papel importante de redutor de custos de transação, porquanto considera a eficiência em si valiosa, passa a ser buscado como um dever. Regras que regulam contratos, responsabilidade ou que objetivam celeridade processual são exemplos de meios que promovem resultados eficientes no campo privado. Essa e tantas outras visões poderiam confirmar a tese sem dificuldades e não pretendemos aqui esgotá-las, especialmente porque, como decorrentes de fundamentos meta-jurídicos, não implicam uma conclusão conceitual.

Do ponto de vista dogmático, é possível crer que há uma aspiração específica para que as ações da Admninistração Pública busquem um estágio global final de otimização financeira e qualitativa das contas públicas e na prestação de serviços públicos, desiderato esse juridicamente consagrado e exigível em diversas normas que não pode afastar a conclusão acerca da

[31] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 138ss. e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 56.
[32] COLEMAN, Jules. *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992, p. 2-5.

existência de alguma outra prescrição que se estruture sobre aquelas finalidades e imponha a busca por aqueles resultados. Idem para a própria tarefa do legislador, que também deve buscar a realização de diversos fins constitucionais[33]. Note-se que, ao que tudo indica, o estado de coisas referido deriva da realização de *outras* finalidades, independentemente dos traços marcantes das situações ou dos sujeitos envolvidos no alcance desses *telos* parciais.

Como corolário do Estado social, a exigência referida exige que os fins públicos sejam promovidos com o melhor aporte de recursos possível diante das prioridades constitucionalmente consagradas. Daí a necessidade de disciplina da organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública (144, §7º, da CF), a exigência de licitação para contratação com a Administração (se a virmos também como meio para garantir o estado de coisas enunciado), a instituição de competências tributárias (para que os entes federativos possam promover mais adequadamente as finalidades a eles vinculadas), limitações à realização de operações de crédito orçamentário (art. 167 CF) e a própria *ratio essendi* de grande parte dos dispositivos da Lei Complementar 101/00. Todas essas prescrições, sem embargo de uma possível conexão com outras finalidades mais ou menos imediatas, se vistas em conjunto, existem para tornar a máquina estatal funcionando de modo a produzir os melhores resultados a partir das incontornáveis limitações de recursos. Nesse sentido, seria aquele estado de coisas (que podemos chamar de *eficiente*) um fim *externo* à realização de qualquer finalidade que envolva (também) decisões de caráter econômico ou orçamentário. Não estaria este "princípio da eficiência" atado às características dos sujeitos ou objetos atingidos, mas seria uma finalidade inerente ao próprio Estado[34], que tem de alocar recursos, prestar serviços públicos e garantir condições materiais e instrumentais para a fruição de direitos. Mas sua amplitude pode se expandir para além do âmbito da Administração Pública. É da mesma forma - como finalidade estatal - que se pode referir como *eficientes* aos sistemas de organização centralizada do poder através da divisão dos poderes[35] e dos precedentes[36] e mesmo a estrutura do próprio processo[37]. No primeiro caso, porque permitem, com menor custo, a manutenção da paz social, certeza e adaptabilidade às mudanças. No segundo, porque, como produtos de litígios, quanto maior o número de precedentes em uma área, menor será o custo do processo. Ambos são expressões de noções como produtividade e eficácia - agregados ao conceito jurídico de eficiência - que se fazem presentes na própria estruturação do Estado e do ordenamento jurídico. Por tais razões, a eficiência

---

[33] Sobre a importância da racionalidade econômica no processo legislativo veja-se ATIENZA, Manuel. Contribución para uma Teoría de la Legislación. **in** CARBONELL, Miguel e PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalia (coord.). *Elementos de Técnica Legislativa.* Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 19-39.

[34] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 115

[35] HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 218.

[36] POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993, p. 358.

[37] Referimo-nos, por exemplo, à estrutura dos sistemas recursal (processamento, admissibilidade, apreciação, garantias de graus de jurisdição etc) e de prova.

seria, a bem dizer, um *princípio*, porquanto subscreve (meta-)finalidades. Seria a versão nacional, como princípio setorial voltado à Administração Pública, para o "dever de boa administração" dos italianos[38].

De fato, o conteúdo principiológico da eficiência depende da distinção entre fins internos e externos. À luz dessa diferenciação e do que foi exposto, a eficiência não poderia ser reconhecida como um princípio tal qual os princípios da legalidade ou da publicidade. O que se enuncia como "princípio da eficiência" estaria no mesmo nível de normas como a que impõe o dever de moralidade, permanentemente sobrepairando qualquer conduta que vise à promoção de finalidades públicas[39]. E, em função de tal fato, impondo ao administrador e ao aplicador a consideração inafastável da meta-finalidade no raciocínio jurídico com as sub-finalidades. Compras de medicamentos, realizações de obras públicas, concessões de subsídios e isenções fiscais e várias outras condutas possíveis que envolvam recursos dependem de justificações específicas em torno das considerações sobre a eficiência. Tanto é assim que a consideração do referido dever contribuiu para a superação da regra contida no inciso II do artigo 37 da Constituição (que exige a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público) no HC 77.003-4, julgado pela segunda turma do STF[40]. No caso, a prefeita de um município contratou, sem concurso público, um indivíduo para trabalhar como gari durante nove meses. Mas, apesar da incidência da regra, a ausência de prejuízo (inclusive econômico) para a Administração em função do caso isolado foi considerada como razão suficiente para a derrotabilidade, sem embargo de menções a afrontas a postulados como o da razoabilidade. A presença de um princípio no caso concreto (no caso, a eficiência) gerou razões com peso suficiente para sobrepujar o entrincheiramento relativo da regra.

Enfim, é possível vê-la, portanto, como um *princípio*[41] que busca a configuração de um estado de coisas amplo que engloba outros mais restritos[42].

[38] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit. p. 90.
[39] Percebemos muitas aproximações entre eficiência e moralidade no sentido apresentado. Pois, assim como a última exige do administrador certos atributos de sua conduta (que seja séria, leal, motivada e esclarecedora), a eficiência impõe a consideração dos resultados da mesma conduta (considerações de circunstâncias extra-normativas). Da mesma forma ambas as normas funcionam de maneira *residual*, ou seja, atuando apenas quando não houver positivação de sub-princípios. Para uma visão sobre o tema vide ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **in** *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (mimeo).
[40] HC 77.003-4, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 11-Set-1998.
[41] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 39.
[42] Como tal, obedece a uma estrutura argumentativa específica, exigindo justificação por suporte. Coerência - e não proporcionalidade ou razoabilidade - é o critério mais adequado para o trabalho com a eficiência em sua acepção principiológica.

3.2. O DEVER METODOLÓGICO DE EFICIÊNCIA NO RACIOCÍNIO COM MEIOS E FINS

Mas não parece ser possível conceber o dever de eficiência apenas dessa maneira. Também é possível visualizar a eficiência como um instrumento de estruturação do modo como a Administração deve atingir seus fins[43]. E, embora a rotule de princípio, essa faceta da eficiência não é desconhecida pela doutrina[44]. Há uma dimensão da norma que aponta não apenas à busca de um estado de coisas, mas que determina o modo como esse dever deve ser aplicado, o que nos permite vê-lo igualmente como um postulado normativo aplicativo. Nesse sentido, a idéia de eficiência rege a persecução dos fins internos consubstanciados pelos demais princípios a ela vinculados em sua dimensão principiológica. Resta saber como o dever de eficiência conforma as relações entre os meios e as finalidades.

Vimos que doutrina e jurisprudência reconduzem a noção de eficiência a algo que vai além do conteúdo estritamente econômico (busca pelo menor custo). Eficiente é o meio que também atende a exigências de qualidade, eficácia e/ou produtividade. Assim, nem sempre a opção que se afigure mais barata para a administração será a mais eficiente. O fator custo deve ser visto sob uma perspectiva *relativa*: é apenas mais um entre tantas outras propriedades a serem consideradas na escolha entre meios distintos[45]. Se assim não fosse, a aquisição de automóveis para a polícia rodoviária federal recairia sobre o modelo de menor valor financeiro, o que certamente não contribuiria para a satisfação de algumas finalidades inerentes à existência da corporação (art. 144, § 2º CF). Carros populares, mais frágeis e menos potentes, apesar de muito econômicos e baratos, não permitiriam o desempenho pleno das tarefas. Perseguições, rapidez em casos de resgate e a realização de outras atividades que demandem desempenho maior do automóvel ficariam sobremaneira prejudicados. Mas é conveniente ressalvar que isso não implica a desconsideração plena do custo, especialmente em um ambiente de escassez em que as incumbências estatais são tão amplas.

No cotejo entre vários meios possíveis, decerto eleger o mais eficiente depende de uma *ponderação* entre todas as vantagens e restrições que uma medida pode causar relativamente aos fins e aos outros meios, tomando por base as preferências condicionadas estabelecidas pelo sistema constitucional.

---

[43] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 425.

[44] Alexandre Santos de Aragão refere-se a um processo de aplicação de regras ou qualquer ato normativo que só pode ser considerado válido ou validamente aplicado *"se, **ex vi** do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento"*. (V. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **in** *Revista de Direito Administrativo*, nº 237, jul/set 2004, p. 3). GABARDO também se refere à eficiência como um *"processo de busca do modo ótimo (sentido idealístico) ou do melhor modo possível (sentido utilitarista) na realização do fim"*. (**in** "Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa". São Paulo: Dialética, 2002, p. 27, *apud* CHICÓSKI, Davi, op. cit. p. 98). Também Maria Sylvia Zanella di Pietro vislumbra como um dos aspectos da eficiência *"o modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados"*. (*Direito Administrativo*, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83).

[45] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 426.

Novamente, se as considerações sobre eficiência devem ir além dos custos administrativos, apenas à luz do caso concreto e após a consideração de todas as circunstâncias poder-se-á saber em que medida o "peso" devotado às cifras financeiras é mais ou menos importante para a escolha do meio mais apropriado. É uma decorrência elementar do raciocínio ponderativo direcionado à obtenção da opção mais adequada[46]. Daí (i) a impossibilidade de afirmar a existência de uma preferência *prima facie* em favor dos meios menos custosos e (ii) a conclusão de que a escolha do meio menos custoso só pode se dar *cœteris paribus*, ou seja, quando as demais variáveis incidentes se mantiverem constantes[47].

O postulado da eficiência norteia o exame dos meios supostamente aptos ao atendimento de alguma finalidade administrativa. E se aplica basicamente à análise dos meios e das finalidades imanentes a princípios que apontam em uma única direção. A consideração também das finalidades contrapostas e das restrições a outros princípios incidentes na situação concreta não faz parte da análise da eficiência, mas da *proporcionalidade* da medida, em especial da proporcionalidade em sentido estrito[48]. Distinguir os âmbitos de aplicação de ambos os postulados se faz necessário, especialmente porque algumas exigências relacionadas à eficiência podem engendrar confusão com alguns sub-postulados da proporcionalidade. O dever de adequação, por exemplo, também demanda apenas a consideração de meio(s) e um único fim ou um feixe unidirecional de finalidades. Como diferenciar o que seja "adequado" do que seja "eficiente"? Seria a eficiência, como sugere Juarez Freitas, "uma faceta do princípio da proporcionalidade"[49]? A melhor opção à vista da eficiência se identifica com a melhor opção no que diz respeito ao exame da proporcionalidade? Tentaremos adiante responder essas questões.

3.2.1. EFICIÊNCIA E PROPORCIONALIDADE

Como postulado, o dever de eficiência rege a relação entre meios e fins a partir da análise (i) do custo do meio e (ii) de sua qualidade para atingir a finalidade visada. Os demais eixos de consideração geralmente reconduzidos à eficiência dizem respeito ao exame da *proporcionalidade* de uma medida concreta voltada à realização de algum fim. Como vimos, há, sim, uma área cinzenta. A estrutura daquela última tem por base três exames. É preciso que o meio seja apto para a promoção do fim (exame de adequação), que seja o menos restritivo entre os demais meios igualmente adequados (exame de necessidade) e que as vantagens advindas de sua implementação superem as

[46] GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Aplication Discourses in Morality and Law*. Tradução de John Farrell. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.
[47] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 426-427.
[48] Também vislumbram certo conflito positivo entre eficiência e proporcionalidade Humberto Bergmann Ávila, (*Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 427ss) e Alexandre Santos de Aragão, (O Princípio da Eficiência, op. cit. p. 4).
[49] FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, op. cit. p. 75.

eventuais desvantagens (exame da proporcionalidade em sentido estrito)[50]. Destaque-se que tanto o dever de eficiência quanto o de proporcionalidade são necessários em relações causais de meio/fim. Mas isso não quer dizer que se confundam. É preciso fazer alguns esclarecimentos.

Antes de mais nada, o dever de proporcionalidade, como implicação lógica da existência de princípios jurídicos, faz-se necessário em qualquer caso de colisão de princípios. Se uma medida tende a promover o princípio P1 e a restringir o princípio P2, sua justificação depende da aprovação no teste de proporcionalidade. Ao revés, nem sempre a imbricação de finalidades exigirá o exame de eficiência. Este só é indispensável nos casos de implementação de medidas custosas voltadas à realização de um fim[51]. Se houver, por exemplo, alocação de recursos públicos na busca de realização de algum desiderato constitucional, entra em cena o postulado da eficiência. Caso haja um conflito concreto entre direitos da personalidade e liberdade de expressão (tal qual vislumbrado no RESP 595.600-SC, relator Min. César Asfor Rocha) ou privacidade e melhor interesse do menor (como no HC 71.373-4/RS, relator Min. Francisco Rezek), não há razão para se trabalhar com a eficiência de medidas como a publicação de uma reportagem em um jornal ou a possibilidade de realização compulsória de exame de DNA. Basta argumentar em torno dos exames inerentes à proporcionalidade. Mas, se a Administração estiver promovendo licitação para a compra de vacinas ou a aquisição de computadores, é preciso avaliar, sobretudo, a eficiência da medida.

Surge então um segundo problema. Nos casos em que os dois postulados pautarem a análise de certa medida, cumpre esclarecer em que âmbito cada um atua. É preciso considerar os dois fins envolvidos no caso concreto? Ou um só? Podemos dizer que o exame da proporcionalidade é, estruturalmente, mais complexo, pois impõe, de regra, a consideração do fim promovido e do fim restringido. A exceção ocorre quando o teste termina no nível da adequação. Mas tanto necessidade quanto proporcionalidade em sentido estrito demandam o cotejo entre os fins concretamente divergentes. No primeiro caso, a análise é *empírica*: cumpre saber se o meio, entre outros que se apresentem, promove mais o fim com a menor restrição à finalidade imanente ao princípio contraposto. No segundo, o enfoque é *jurídico*: busca-se saber se o resultado atende as exigências da lei de ponderação, consoante a qual "quanto maior o grau de não-

[50] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 116ss. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 111-115.

[51] A finalidade a ser promovida não necessariamente precisa ser pública, assim como os recursos envolvidos não o precisam. Mesmo um conflito tipicamente privado pode ser resolvido a partir de um exame sobre a eficiência da medida judicial (muito embora não esteja o juiz vinculado a proceder dessa forma em casos semelhantes, já que, como visto, a eficiência é um sobreprincípio estatal). Em *Sturges vs. Bridgman*, julgado pela Câmara dos Lordes em 1879, um médico recém-chegado a Londres teve seu trabalho deveras dificultado em função do barulho causado por dois pilões e um triturador usado por um confeiteiro já anteriormente estabelecido na propriedade vizinha. No caso, foi concedida uma ordem impedindo o confeiteiro de usar seu maquinário. Mas uma análise econômica da situação penderia a solução do conflito em outro sentido, uma vez que os lucros do confeiteiro superavam os lucros do consultório do médico (sem o barulho). Com base no critério Kaldor-Hicks, por exemplo, a externalidade poderia ser compensada pelo confeiteiro e ainda haveria saldo positivo.

satisfação ou detrimento de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro"[52]. É uma questão de ponderação entre os princípios colidentes[53].

Por sua vez, o exame da eficiência de uma medida é apenas unidirecional. Trata de avaliar se a medida *sub examine* é ou não custosa e qualitativamente apropriada à promoção da finalidade. Mas em que sentido? A grande dificuldade, neste ponto, é diferir o que o dever de eficiência e o sub-dever de adequação impõem. As figuras abaixo, inspiradas em esquema gráfico desenvolvido por Humberto Ávila, tentam explicar os diferentes tipos de análises essenciais de cada um dos postulados e sub-postulados[54].

Fig. 1: adequação estrito

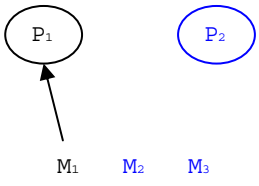


Fig. 2: necessidade

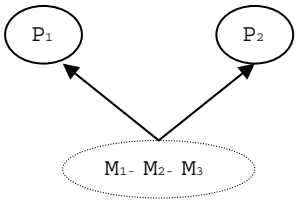


Fig. 3: proporcionalidade em sentido

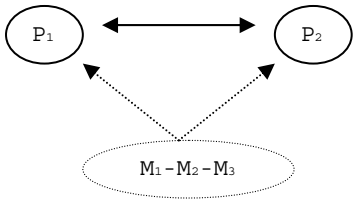
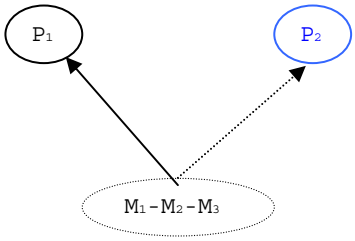


Fig 4: eficiência



Legenda:

P1 e P2 – princípios colidentes *in concreto*

M1, M2 e M3 - meios

→ exames inerentes a cada postulado

⇢ exames incidentais

Através do exame de adequação busca-se tão-somente saber se o meio é apto ao atendimento do fim. E só. Tem ele, de fato, o *status* de critério *negativo*, mediante o qual se pode detectar que meios não são idôneos[55]. A análise, que deve ser simples, subscreve uma pergunta que admite tríplice resposta: ou o meio não é apto, ou é apto ou não se pode indicar com precisão. Nos dois últimos casos, impõe-se passar para o próximo estágio. Se o Estado pretende adquirir computadores a fim de informatizar o sistema de consultas processuais forense e se apresenta um modelo M1, o exame de adequação exige apenas a consideração da compatibilidade da máquina ao fim pretendido. Decerto o exame de adequação de um meio à realização de um fim abrange uma série de

[52] ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, op. cit. p. 436.
[53] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 114.
[54] O esquema gráfico utilizado é, basicamente, de Humberto Ávila.
[55] ALEXY, Robert. Epílogo a la *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. **in** *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 22, nº 66. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setembro/dezembro 2002, p. 28.

perspectivas a partir das quais deve o objeto ser avaliado. Ávila propõe a análise desses aspectos em termos quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)[56]. Pelo que parece, as dificuldades na diferenciação entre os âmbitos de análise da adequação e da eficiência começam a se colocar a partir do exame de *adequação qualitativa*. O que isso significa? Que a administração deve analisar a qualidade do meio e, em conseqüência, buscar o *melhor*, ao menos em alguma medida? Como separá-la da eficiência?

Ao que tudo indica, o caráter de análise preliminar da adequação não pode compreender um exame profundo de qualidade, especialmente porque, ao contrário dos aspectos quantitativo e probabilístico, ele demanda necessariamente o contraste com outros meios. Se um computador é capaz de atingir a finalidade outrora descrita em termos de mais ou menos forte (intensidade) e mais ou menos certo (probabilidade), basta verificar seus atributos. Mas saber se ele pode atingir o fim com maior ou menor precisão depende, em muito, dos outros meios M2, M3, M4... Mn que se apresentem. Saber se a máquina é rápida ou imprime com clareza, típicos exames qualitativos, requer saber se uma outra pode fazer as mesmas tarefas em melhores condições. Por conseguinte, acreditamos que o exame de adequação deveria se restringir à aptidão de um único meio considerado à promoção do fim em termos quantitativo e/ou probabilístico. Se outros meios tiverem de ser considerados, o teste de adequação impõe sua análise *isoladamente*, sem comparações com os outros. E, nesse sentido, parece correto Ávila, para quem, nessa fase, "basta reconhecer que a Administração Pública deverá escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor e o mais seguro"[57]. Somente depois dessa etapa de avaliação solitária é que se passa ao próximo nível. Esse é um primeiro ponto.

É preciso passar às considerações sobre a eficiência. Se para medir o atendimento ao dever é preciso considerar os *custos* do meio e sua *qualidade*, impõe-se uma análise comparativa. Caro e barato, melhor e pior são noções que só fazem sentido em função de algum referencial. Isso quer dizer que o nível em que a separação entre os deveres de eficiência e proporcionalidade deve ser feita é o de *necessidade*. Ávila defende que a eficiência, se, por um lado, não obriga que a Administração escolha o melhor meio sob todos os aspectos, por outro, impede que a opção recaia sobre o meio "menos intenso", "pior" e "menos seguro"[58]. Daí sua leitura do postulado: a eficiência limita o exame de *adequação* à escolha do meio que seja *satisfatoriamente* apto à realização da finalidade. Mas, acreditamos, a atuação da eficiência se dá no primeiro estágio de investigação da necessidade da medida: quando os diferentes meios são examinados em função da finalidade a ser promovida. Nesse passo, o que se busca é a verificação do grau de promoção do fim do meio em xeque em função de outros meios alternativos que se colocam. A análise não é mais singular como na adequação, mas considera vários aspectos entre os diversos meios. E surge, então, uma questão: os meios devem ser comparados em todos os aspectos ou

[56] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit p. 117. _____ *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 428.
[57] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 429.
[58] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit. p. 430.

em alguns aspectos?[59] É neste momento que a eficiência sobe ao palco. Ela impõe o confronto do custo e da qualidade dos meios. E só então poderemos julgar se certas medidas são mais ou menos eficientes.

Coloca-se novamente uma pergunta: após a verificação dos meios mais eficientes, a Administração está vinculada à escolha do melhor meio nesta etapa? A resposta é negativa, pois o subdever de necessidade segue com o *exame do meio menos restritivo*, em que se afere o grau de restrição às finalidades colateralmente afetadas pela adoção da medida[60]. Começam as análises entre meios e princípios contrapostos a fim de se esgotar o exame das possibilidades fáticas, algo que vai além das considerações sobre a eficiência. Esta exclui a análise dos fins obstaculizados, mas vai além do exame de adequação. Ultrapassado aquele estágio, serão consideradas as conseqüências jurídicas da adoção da medida através do exame da proporcionalidade em sentido estrito. E só após esse complexo exame, que demanda avaliar as relações entre (i) a intensidade de interferência entre os princípios imbricados, (ii) o seu peso abstrato e (iii) a confiabilidade das premissas fáticas que amparam a promoção/restrição de cada princípio[61], é que se poderá aferir qual é a melhor medida a ser adotada pela Administração.

4. EFICIÊNCIA COMO MECANISMO REGULATIVO DOS PROCEDIMENTOS DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM RELAÇÃO ÀS POSSIBILIDADES FÁTICAS

Mas ainda é possível vislumbrar de outro modo as relações entre eficiência e necessidade. Para além das considerações sobre o funcionamento da norma em situações de escolha entre meios voltados à realização de uma finalidade juridicamente prescrita, é possível também conceber a idéia de eficiência como normativamente vinculada ao trabalho com princípios jurídicos. Na teoria de Alexy, o papel da eficiência não se restringe ao de um possível "princípio", mas serve de parâmetro normativo para a resolução de colisões principiológicas. Vejamos agora como este dever funciona em sua teoria dos princípios e alguns problemas conexos à sua perspectiva.

Um dos aspectos decisivos da teoria de Alexy, como visto, é sua definição de princípios jurídicos como mandados de otimização (*Optimierugsgebote*), ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O que os caracteriza é a possibilidade de cumprimento em diferentes graus[62]. Por tal razão é que a teoria

[59] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 122.
[60] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit p. 122.
[61] ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, op. cit. p. 443ss.
[62] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 86.

dos princípios alexyana implica (logicamente) o "princípio da proporcionalidade" (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), com seus três sub-princípios, e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios[63]. A possibilidade de relativizar a realização em função das possibilidades fáticas nos conduz às submáximas de adequação e necessidade, que expressam, para Alexy, a idéia de *ótimo de Pareto.* Isso significa que os processos de aplicação de princípios colidentes devem buscar uma *composição eficiente* entre as normas. Neste aspecto, a busca pelo resultado ótimo (eficiência) é um dever estrutural de aplicação de princípios jurídicos.

A orientação para o resultado ótimo na medida das possibilidades fáticas, seguindo o critério de Pareto, impede intervenções negativas em princípios que podem ser evitadas "sem custos" para outros princípios[64]. Uma distribuição qualquer é considerada um ótimo paretiano quando não se pode redistribuir os recursos sem que um dos elementos iniciais tenha sua situação piorada[65]. Vamos supor que uma medida M1, se adotada, é capaz de gerar alguma restrição em um princípio P1 e não promove, em nenhum grau, um princípio P2. Pelo critério de Pareto, a medida, porquanto plenamente *inadequada*, produz um resultado pior comparado ao estágio inicial, não devendo ser adotada. É possível abandonar M1 sem qualquer custo para o princípio P2. Já o dever de necessidade prescreve que o meio M1 não deve ser adotado se houver um meio M2 capaz de (i) aumentar o grau de promoção de P2 sem impor maiores restrições a P1 e/ou (ii) reduzir o nível de intervenção em P1, mantendo-se o grau de promoção de P2.[66] Nos dois casos, em relação à posição original, temos duas distribuições *superiores de Pareto*. Dentro das possibilidades fáticas, portanto, a melhor composição entre os princípios impõe a escolha do meio M2, já que M1 se revela, neste segundo caso, *desnecessário*.

A transposição do critério econômico para o raciocínio jurídico, é certo, não é imune a críticas. O que pretende a concepção de Alexy com a pressuposição de um ponto de ótimo a ser buscado é torná-lo parâmetro metodológico para o incremento de racionalidade nos processos de colisão de princípios. A idéia de otimização, esclarece Schuartz, mais que uma metáfora, gera legítimas expectativas de que o modelo nos diga como chegar ao "ponto de ótimo" e, sobretudo, forneça subsídios para o controle intersubjetivo da correção de sua aplicação[67], algo que a tese alexyana não é, aparentemente, capaz de atender. E por duas razões.

Em primeiro lugar, porque a proposta de Alexy não escapa às críticas dirigidas ao próprio critério paretiano de eficiência. Em especial porque não é capaz de orientar o aplicador em situações chamadas de "Pareto incomparáveis". Vamos supor que um administrador esteja diante da escolha

---

[63] ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **in** *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, setembro 2000, p. 297.
[64] SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 194.
[65] STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*, op. cit. p. 41.
[66] ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles, op. cit. p. 298.
[67] SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica,* op. cit., p. 196.

entre um meio M1, que promove um princípio P1 no grau *x* e restringe um princípio P2 em *y*, e um meio M2, que restringe P1 em *y*, mas promove P2 no grau *x*, sendo P1 e P2 normas com a mesma importância constitucional e *x>y*. Qual deles deve ser escolhido? As duas distribuições são em si Pareto-ótimas, mas nenhuma delas é superior de Pareto em relação à outra[68]. Esse é um problema insuperável e um limite à tese de Alexy.

A segunda razão de crítica à idéia de otimização está na pressuposição (i) da existência de um ponto de ótimo a ser perseguido em todo e qualquer caso de aplicação de princípios e (ii) de que o comportamento racional dos agentes envolvidos nos processos de escolha se deixe orientar por ele[69].

Pressupor a existência de um resultado ótimo e a possibilidade de encontrá-lo racionalmente é assumir a tese da "única resposta correta". Para todo procedimento de realização de finalidades jurídicas haveria *a* solução ótima para o problema, um permanente objetivo a perseguir que sujeitaria o aplicador e, sobretudo, o legislador, excluindo a existência de uma margem legítima de ponderação.

A crítica é enfrentada por Alexy, para quem sua concepção de princípio como mandamento de otimização tem pouco a ver com um "ponto máximo"[70]. Na verdade, tanto adequação quanto necessidade seriam sub-exames da proporcionalidade que teriam por escopo excluir meios manifestamente inidôneos e evitar sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais. Não há qualquer dever, imposto ao legislador, de perseguir o meio mais benigno (*o* melhor), mas apenas uma restrição, que decorre da própria natureza da norma, de excluir alguns meios[71].

O problema mais profundo está na premissa endossada pela tese alexyana de acordo com a qual os agentes econômicos racionais maximizam uma função-objetivo bem definida e pautam seu comportamento em função da

---

[68] STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*, op. cit. p. 42.

[69] SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica,* op. cit., p. 195. A primeira objeção já havia sido formulada por LERCHE, Peter. Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten. **in** J. BURMEISTER (ed.) *Verfassungsstaatlichkeit. Festshrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 1997, p. 205, *apud* ALEXY, Robert. Epílogo a la *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 25-26.

[70] ALEXY, Robert. Epílogo a la *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 27.

[71] Vemos nessa posição de Alexy certa proximidade com alguns conteúdos que se atribui à eficiência. Se o conteúdo do "princípio" constitucional é servir de barreira para limitar o âmbito de escolha legítima do administrador, legislador ou aplicador dentre meios voltados à promoção de finalidades jurídicas, a subscrição da teoria dos princípios de Alexy torna, em certo sentido, supérfluo o dever de eficiência (pelo menos no que se refere às relações entre princípios jurídicos), já que os mesmos resultados poderiam ser obtidos com o recurso a uma teoria da norma. O máximo que se poderia, nesse caso, é rotular de "eficiência" a *meta-norma* que determina que os princípios jurídicos devem ser realizados na maior medida possível nos limites das possibilidades fáticas, tal qual constatado por Aarnio e Sieckmann. A crítica, de acordo com a qual o modo de aplicação da norma não se confunde com suas características estruturais, é acatada por Alexy, que vê nos princípios "comandos para serem otimizados", em contraposição à regra assente em um meta-nível que prescreve um "comando para otimizar" (ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles, op. cit. p. 300-301).

mesma[72]. Talvez as soluções ótimas pressupostas pela teoria dos princípios não possam servir de parâmetro contrafactual de correção das decisões tomadas por agentes públicos ou mesmo serem conhecidas. E isso é exatamente o que pretende esclarecer uma concepção que percebe o ambiente econômico como permeado por forte incerteza e complexidade.

Experimentos dirigidos por estudiosos de psicologia cognitiva, base para as críticas principais dirigidas à teoria da escolha racional, que suporta em grande parte a "abordagem econômica do direito", asseveram que os indivíduos envolvidos em processos de escolha (i) têm limitações cognitivas que causam desvios sistemáticos no seu comportamento e não necessariamente (ii) aceitam trocas benéficas que julguem violar normas consolidadas ou a eqüidade, (iii) atuam estrategicamente, e (iv) tomam decisões diante de condições de incerteza como predito pelos teóricos da escolha racional[73]. Além disso, o cenário multifacetado marcado pela contingência dos eventos e pela pluralidade de soluções satisfatórias não hierarquizáveis torna sem sentido a existência e busca por uma única resposta[74]. A esperança, portanto, passa não mais a se alicerçar sobre um ideal inatingível, mas, sim, na tentativa de tornar possível a convivência democrática com a diversidade através da racionalidade alcançável atada aos procedimentos de justificação dos juízos efetuados pelos atores institucionais que buscam a realização de finalidades, o que não invalida a importância que a idéia de eficiência possa ter no raciocínio jurídico ou na própria teoria dos princípios de Alexy. Apenas descortina outros limites, que não podem ser negligenciados pelo teórico.

5. CONCLUSÃO

Complexos problemas se colocam àquele que se propõe a estudar o "princípio da eficiência" contido no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Questões não apenas políticas, mas também filosóficas e metodológicas, de início aparentemente simplórias, exigem sério esforço teórico.

Este trabalho pretendeu, antes de mais nada, mapear os problemas metodológicos cruciais da eficiência, privilegiando uma perspectiva *inclusiva* e *multidimensional* das normas jurídicas. Isso implica o entendimento de que um determinado dispositivo pode admitir leituras distintas e comportar espécies normativas diferentes[75]. A identificação de uma regra, princípio ou postulado,

[72] SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica,* op. cit. p. 199.
[73] ULEN, Thomas S. Rational Choice Theory in Law and Economics. **in** Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* , Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 800-801.
[74] SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*, op. cit. p. 202.
[75] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 60.

assim, depende das conexões realizadas pelo intérprete conforme seja destacada uma dimensão comportamental, finalística ou metódica.

As análises empreendidas permitiram visualizar o dispositivo referente ao dever de eficiência como princípio, cujo estado de coisas buscado diz respeito à estrutura do próprio Estado (finalidade externa). O enfoque dado ao caráter principiológico prezou pelo exame estrutural e os impactos metodológicos da caracterização da norma, não abordando as conexões axiológicas e as justificações de sua centralidade no ordenamento[76], algo mais próximo ao discurso de justificação que ao contexto de aplicação, privilegiado por este estudo.

Como postulado, os esforços se concentraram na diferenciação analítica dos exames intrínsecos à proporcionalidade e à eficiência. Embora, de fato, haja zonas nebulosas que engendrem naturais discussões sobre o nível exato de imbricação do dever de eficiência com algum outro inerente ao teste de proporcionalidade - em especial nos degraus de adequação e necessidade -, pareceu-nos mais adequado reconduzi-lo ao sub-dever da necessidade, já que ambos envolvem a consideração da relação horizontal das medidas em xeque e uma única finalidade ou um grupo de finalidades que estão apontando em único sentido.

Finalmente, vimos a importância central que a noção de eficiência possui na teoria de Alexy, já que sua concepção de princípios como mandamentos de otimização pressupõe o conceito de ótimo de Pareto para medir o grau de realização dentro das possibilidades fáticas de princípios jurídicos, visão passível de contundentes críticas.

O certo é que essas respostas não pretendem esgotar o debate e tampouco trazer soluções definitivas para os problemas apontados inicialmente. No momento atual, talvez seja mais importante reconhecer que rigor e precisão conceituais são necessários para o uso mais correto e justificado de deveres tão centrais ao desempenho das atividades administrativas como o da eficiência. A despeito desse passo inicial, este trabalho tentou incrementar o debate sugerindo algumas alternativas e apontando alguns temas à espera de uma discussão mais ampla e profunda. Esperamos ter contribuído para tanto.

[76] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit. p. 56.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **in** *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, setembro 2000, p. 294-304.

_____ *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____ Epílogo a la *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. **in** *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 22, nº 66. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setembro/dezembro 2002, p. 13-65.

_____ On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **in** *Ratio Juris*, vol. 16, nº 4, dezembro 2003, p. 433-449.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004.

AMUCHÁSTEGUI, Jesús González. El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación. **in** *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 15-16, Alicante: 1994, p. 929-943.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **in** *Revista de Direito Administrativo*, nº 237, jul/set 2004. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-6.

ATIENZA, Manuel. Contribución para uma Teoría de la Legislación. **in** CARBONELL, Miguel e PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalia (coord.). *Elementos de Técnica Legislativa.* Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 19-39.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 1, junho-agosto, 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004.

_____ Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **in** *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (mimeo).

_____ *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHICÓSKI, Davi. O princípio da eficiência e o procedimento administrativo. **in** *Revista de Direito Administrativo*, nº 237, jul/set 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 93-118.

COLEMAN, Jules. *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3rd. edition. Massachusetts: Addison-Wesley Longman, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____ *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Aplication Discourses in Morality and Law*. Tradução de John Farrell. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em nov./2004.

PIETRO, Maria Sílvia Zanella di. *Direito Administrativo*, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002

POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____ *The Problems of Jurisprudence*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

_____ Legal Pragmatism. **in** *Metaphilosophy*, vol. 35, nº 1/2, Janeiro/2004, p.147-159.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade.Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão jurídica.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinizip Rechtsstaat. Verfassungs und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

ULEN, Thomas S. Rational Choice Theory in Law and Economics. **in** BOUCKAERT, BOUDEWIJN e DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* , Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 790-818.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y Accion. Una investigación lógica*. Trad. Pedro García Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

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 na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.

*Grande parte do conteúdo deste trabalho é fruto de instigantes discussões travadas com Humberto Ávila e Alceu Maurício Júnior, que também ajudou-me com a pesquisa de jurisprudência. Alexandre Aragão também leu uma versão preliminar deste texto e fez importantes comentários. Aos três, desde já, agradeço.