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

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 4 – novembro/dezembro de 2005 e janeiro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Prof. Alexandre Santos Aragão
Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro (alexaragao@zipmail.com.br).

O Direito Público do Estado Contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina.[1]

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado,[2] que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

---

[1] FÁBIO KONDER COMPARATO observa que "em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados". Arremata afirmando que "a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente" (COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas, *in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 350/1).

[2] MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 25.

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica,[3] mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir destes dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação.

O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica esta sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. **Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta**. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, **entre as diversas interpretações plausíveis** existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.

A este propósito, são essenciais as lições de LUCIO IANNOTTA, para quem, "no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a **Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc**. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Este dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro

[3] "O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. NOBERT ELIAS já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia devis ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base Teórica desta Teoria do Direito e a abra para o convívio com outras ciência de maneira não 'colonizadora', ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica" (VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito "em rede": análise sociológica e da teoria do Direito, *in Plúrima – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF,* vol. 24, p. 147)

caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e no segundo, do resultado em relação à lei."[4]

Sob a mesma inspiração, ENRIQUE GROISMAN observa que "a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica".[5]

Uma breve atenção merece a relação entre a eficiência e a tecnicidade do do Direito Público contemporâneo, "tecnicidade relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, o que assegura de organização de setores específicos, assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica".[6]

O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será 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 jurídico.

---

[4] IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 37/8, grifos nossos. Mais adiante, o autor italiano vai ainda além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, "à luz do princípio (F. SATTA), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito" (autor e ob. cit., p. 46).

[5] GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico, *Revista de Derecho Industrial*, vol. 42, p. 894, passagem na qual o autor lembra que "esta situação suscitou o comentário paradoxo de que 'o direito não pertence mais aos juristas'". ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN assevera que "a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício" (MARÍN, Antonio Martínez. *El buen Funcionamiento de los Servicios Públicos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 13).

[6] COCOZZA, Francesco. *Profili di Diritto Costituzionale applicato all'Edconomia, Volume I (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema delle Fonti del Diritto)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 171.

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada eqüidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas "passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater".[7]

O Princípio da Eficiência se vê ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o Princípio da Proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos "adequação" e "necessidade", não se poderia impor a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo.[8] "Na Administração de resultado, o Princípio da Legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados. (...) O Princípio da Legalidade relacionado com o resultado impõe, sobretudo, que o bem seja reivindicado no plano substancial': tal legalidade exclui 'a operatividade de previsões irrelevantes em relação ao resultado administrativo'."[9]

Estamos diante de uma importante mudança na estrutura das normas jurídicas.[10] O modelo das normas jurídicas "hipótese de incidência → sanção"

---

[7] MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, Paris, 1999, p. 95.

[8] "Em função do objetivo (do fim, da vontade do Legislador) a ser realizado (também com a participação dos privados: essencial também para uma melhor identificação dos interesses envolvidos), a Administração deve construir uma decisão concreta e operativa, que conserve o mais possívelos bens pessoais não incompatíveis com o bem-direito de relevância pública e que satisfaça o maior número de interesses possível, satisfazendo, desta forma, o maior número de direitos fundamentais" (IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 45).

[9] MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 174.

[10] MORAND, Charles-Albert. ***Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques***, LGDJ, Paris, 1999, pp. 101/2.

continua a existir, mas não é mais o único nem o mais importante, a ele tendo se somado o das normas jurídicas estruturadas pelo esquema "finalidades → meios de alcance destas finalidades".[11]

NORBERTO BOBBIO observa que "se trata da passagem de um controle social fundado principalmente sobre normas providas de sanções ('Se fizer, ou não fizer, x, lhe será imputada a conseqüência y'), ao controle social confiado cada vez mais a normas técnicas cuja força deriva da relação meio-fim, ou seja, do fato de que a realização ou não de certa ação não permite alcançar o fim desejado ou imposto".[12]

Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes.

Nas palavras de LUCIO IANNOTTA, "a interpretação da norma é obviamente finalizada à aplicação a uma realidade delimitada e circunscrita. Quem decide, sobretudo na fase de emissão da decisão, deve colher na norma, prioritariamente, os objetivos das leis, os fins, a vontade do legislador. Os bens que a norma quis proteger e, portanto, o resultado que quis alcançar; devendo-se **distinguir, portanto, no interior da norma, aquilo que é verdadeiramente finalístico (bens a serem protegidos, males a serem evitados) dos outros componentes (meios, instrumentos, formas)** correspondentes aos vários planos da realidade reproduzida e sintetizada pela norma".[13]

Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (e, sobretudo, o seu aplicador), para ser eficiente, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais subsistemas sociais, em especial o econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as

---

[11] Revelando a aplicação destas mudanças da Teoria Geral do Direito ao Direito Administrativo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que a noção meramente subsuntiva ou "declaratória" do direito "é própria dos sistemas jurídicos *private law oriented*, ordenados pelo Direito Privado (próprio de uma época pré-industrial e agrícola), que permite que se considere o direito como um sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, mas que é inconciliável com a época atual de proliferação e predomínio do Direito Público, que exige que vejamos o Direito como um processo aberto em função de finalidades e objetivos a alcançar; o Direito Público – acresce – é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas" (ENTERRÍA, Eduardo García de. ***La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional***, Ed. Civitas, Madrid, pp. 181/2).

[12] BOBBIO, Norberto. *Dalla Strutura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 54.

[13] IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 44/5.

finalidades legais não sejam realizadas apenas no "Diário Oficial", mas também na realidade prática do setor regulado.[14]

GUNTHER TEUBNER[15] adverte que "não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (..) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, **nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade**. (...) Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a hetero-referência, ele **pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances**' ". Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação inter-sistêmica.

Devemos atentar que, já na Década de Setenta, NORBERTO BOBBIO notava a emergência de uma "Teoria Realista do Direito, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se

[14] Nas palavras de NIKLAS LUHMANN, "o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto" (LUHMANN, Niklas. L'Autoriproduzione del Diritto e i suoi Limiti, in *Politica del Diritto*, vol. 12, p.41). Comentando a Teoria de Luhmann, CELSO FERNANDES CAMPILONGO afirma que "fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 67).

[15] TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité: L'auto-référence en Droit et dans l'Organisation* (trad. Nathalie Boucquey, LGDJ-Bruylant, Paris, 1996, pp. 157 e 159.

extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente".[16]

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível

[16] BOBBIO, Norberto. *Dalla Strutura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 56.