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

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 4 – outubro/novembro/dezembro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

MORALIDADE, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Prof. Humberto Ávila

Doutor em Direito (Universidade de Munique, 2001). Certificado de Estudos em Metodologia da Ciência do Direito (Universidade de Munique, 1998). Mestre em Direito (UFRGS, 1996). Especialista em Finanças (UFRGS, 1993). Professor de Direito Tributário, Financeiro e Econômico da UFRGS. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da UFRGS. Professor Visitante do Curso de Mestrado e Doutorado da UERJ. Advogado e parecerista em Porto Alegre.

Introdução - 1. Princípio da moralidade - 1.1 Definição de princípio - 1.2 Diretrizes para a análise dos princípios - 1.3 Moralidade como exigência de condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras - 1.3 Função residual do princípio da moralidade - 2. Razoabilidade e eficiência - 2.1 Definição de postulado normativo aplicativo - 2.2 Diretrizes para a análise dos postulados normativos aplicativos 2.3 Razoabilidade - 2.3.1 Generalidades - 2.3.2 Razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de eqüidade) - 2.3.3 Razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) - 2.3.4 Razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência) - 2.3.5 Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade - 2.4 Eficiência - 2.4.1 Generalidades - 2.4.2 Eficiência como dever de escolher meio menos custoso ceteris paribus - 2.4.3 Eficiência como dever de promover o fim de modo satisfatório - Conclusões

INTRODUÇÃO

Se dificuldades existem no exame dos princípios, elas são superiores quando a investigação tem por objeto os denominados princípios da moralidade, da eficiência e da razoabilidade da administração pública. Todos eles estabelecem exigências de tal sorte imprecisas que sua análise corre o risco de, a pretexto de explicar, confundir ainda mais o aplicador do Direito.

Apesar da imprecisão, costuma-se afirmar que a administração pública deve seguir os padrões de moralidade. Quando há obediência à moralidade? Quando há uma administração correta e respeitável. Mas o que significa correção e respeitabilidade? É difícil saber, costuma-se responder. Não obstante a vagueza, afirma-se que a administração pública deve buscar a eficiência. Mas quando há eficiência? Quando há boa administração e quando a atividade administrativa obtém o melhor resultado. Mas qual o sentido de boa administração e de melhor resultado? Não se pode saber ao certo, replica-se. A despeito da ambigüidade, exalta-se o dever de a atividade administrativa ser razoável. Em quais hipóteses há obediência à razoabilidade? Nos casos em que a administração atua de modo congruente e aceitável. Mas qual o significado de congruência e de aceitabilidade? É uma questão subjetiva, afirma-se.

Logo se vê que o exame dos princípios remete o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de "gosto" (*matter of taste*). Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam como supérfluo. Enfim, os valores, porque dependem de apreciação subjetiva, seriam a-teoréticos, sem valor de verdade, sem significação objetiva. Como complementa WRIGHT, o entendimento de que os valores dependem de apreciação subjetiva deve ser levado a sério.[1] Mas daí — e aqui começa nosso trabalho — não decorre nem a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores e nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores.

Sobre essa questão, vem à tona o modo como os princípios são investigados. E, nessa matéria, é fácil encontrar dois modos opostos de investigação dos princípios jurídicos. De um lado, pode-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação. Nessa hipótese, privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os de alicerces ou pilares do ordenamento jurídico. Mais do que isso, pouco.

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar a sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese, prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e o seu uso racionalmente controlado. Esse é, precisamente, o caminho perseguido neste estudo.

---

1 WRIGHT, Georg Henrik von. Sein und Sollen. In: *Normen, Werte und Handlungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 36.

Neste trabalho, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a realização de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela realização.2

Na primeira parte deste estudo, a moralidade será investigada como um princípio jurídico. A eficiência e a razoabilidade, embora comumente denominadas de princípios pela doutrina, são examinadas como postulados, na medida em que não impõem a realização de fins, mas, em vez disso, estruturam a realização dos fins cuja realização é imposta pelos princípios. São, por assim dizer, normas estruturantes de segundo grau. Na segunda parte deste estudo, a eficiência e a razoabilidade serão analisadas como postulados normativos aplicativos.

O leitor estudioso logo perceberá que a investigação do princípio da moralidade e dos postulados da razoabilidade e da eficiência exige do aplicador do Direito o entendimento de categorias sutilmente diversas daquelas adequadas à delimitação do conteúdo normativo das regras. De um lado, o princípio da moralidade atribui ao aplicador a tarefa de delimitar um estado de coisas posto como ideal pelo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que o incumbe de descobrir quais são os comportamentos necessários à promoção desse ideal. Nessa função, a mera análise sintática e semântica de enunciados normativos é substancialmente complementada pela investigação orientada por casos paradigmáticos. De outro lado, o postulado da razoabilidade reclama do aplicador o exame de circunstâncias individuais e externas e o postulado da eficiência reivindica uma análise dos efeitos das medidas adotadas relativamente à promoção dos fins normativos. Nessas duas hipóteses, o aplicador também ultrapassa uma análise meramente intranormativa em favor do exame de circunstâncias antes avaliadas comumente como extra-normativas.

O leitor aplicado também poderá perceber que o presente estudo termina por afiançar um conceito de direito que inclui entre seus elementos não apenas a correta edição de fontes normativas por autoridades competentes, mas também, pelas definições de princípios e de postulados aqui propostas, a correção concreta dos conteúdos dessas mesmas fontes.

Este trabalho não tem apenas propósitos científicos, no sentido de explicar o conceito e o funcionamento dos princípios e postulados que examina. Ele também possui uma finalidade didático-pedagógica, na medida em que procura indicar, da maneira mais clara que foi possível ao autor, qual a metódica necessária para o exame dos princípios e dos postulados normativos.

---

2 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* (215):151-2, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999. Sobre o assunto, conferir: WRIGHT, Georg Henrik von. Sein und Sollen. In: *Normen, Werte und Handlungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 36.

1. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

1.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

Os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Um fim é um estado desejado de coisas. O princípio da moralidade não foge a esse modelo. Com efeito, ele exige a realização de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação.[3] Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para realizar um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para efetivar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é essencial colaborar com o administrado e informá-lo dos seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário dizer por que age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma e, por conseqüência, não se atinge o fim. Não se concretiza o princípio, portanto.

O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma WEINBERGER, a relação meio-fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para a dos meios.[4] Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários a sua realização.

As considerações acima feitas demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são ao mesmo tempo mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários para realizar um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de realizar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda: essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto a sua *espécie*: o que for necessário para a promover o fim é devido.

A delimitação dos comportamentos devidos depende, porém, da implementação de algumas condições. De fato, como saber quais são as condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado, e quais são

---

3 MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *RDA* (209):77, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

4 WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1989. p. 2878.

os comportamentos necessários a essa realização? Algumas diretrizes metódicas facilitam o encontro das respostas a essas questões.[5]

1.2 DIRETRIZES PARA A ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS

Considerando a definição de princípios como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, proponho os seguintes passos para a investigação dos princípios.

Em primeiro lugar, é preciso especificar os fins ao máximo. Quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização. Em segundo lugar, é necessário encontrar casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários a essa realização. Casos paradigmáticos são aqueles cuja solução pode ser havida como exemplar, considerando-se exemplar aquela solução que serve de modelo para a solução de outros tantos casos em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo. Em terceiro lugar, é fundamental examinar, nesses casos, alguma similaridade capaz de permitir a criação de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central. Em quarto lugar, é preciso verificar a existência de critérios capazes de delimitar quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e quais os comportamentos considerados necessários a sua realização. Por fim, é necessário fazer o caminho de volta: descoberto o estado de coisas e os comportamentos necessários a sua promoção, é preciso verificar a existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com no princípio em análise.

Esses passos demonstram que se trata de um longo caminho a ser percorrido. Todo o esforço exigido nesse percurso tem uma finalidade precisa: superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal.

1.3 MORALIDADE COMO EXIGÊNCIA DE CONDUTAS SÉRIAS, LEAIS, MOTIVADAS E ESCLARECEDORAS

Na investigação do princípio da moralidade, é preciso perseguir os passos antes mencionados. O dispositivo que serve de ponto de partida para a construção do princípio da moralidade está contido no artigo 37 da Constituição Federal, que põe a moralidade como sendo um dos princípios fundamentais da atividade administrativa. A Constituição Federal, longe de conceder uma

---

5 CANARIS, Claus-Wilhelm. Theorienrezeption und Theorienstruktur. *In: Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa*. Org. Hans G. Leser. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 59-94.

palavra isolada à moralidade, atribui-lhe grande importância em vários dos seus dispositivos. A sumária sistematização do significado preliminar desses dispositivos demonstra que a Constituição Federal preocupou-se com padrões de conduta de vários modos.

Primeiro, *estabelecendo valores fundamentais*, como dignidade, trabalho, livre iniciativa (art. 1º), justiça (art. 3º), igualdade (art. 5º, caput), liberdade, propriedade e segurança (art. 5º, caput), estabilidade das relações (art. 5º, caput e XXXVI). A instituição desses valores implica não só o dever de que eles sejam considerados no exercício da atividade administrativa, como também a proibição de que sejam restringidos sem plausível justificação.

Segundo, *instituindo um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa*, baseado nos princípios do Estado de Direito (art. 1º), da separação dos poderes (art. 2º), da legalidade (art. 5º e 37). A instituição de um modo objetivo de atuação implica a primazia dos atos exercidos sob o amparo jurídico em detrimento daqueles praticados arbitrariamente.

Terceiro, *criando procedimentos de defesa dos direitos dos cidadãos*, por meio da universalização da jurisdição (art. 5º, XXXV), da proibição de utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), do controle da atividade administrativa via mandado de segurança e ação popular, inclusive contra atos lesivos à moralidade (art. 5º, LXIX e LXXIII), e da anulação de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º). A criação de procedimentos de defesa permite a anulação de atos administrativos que se afastem do padrão de conduta juridicamente eleito.

Quarto, *criando requisitos para o ingresso na função pública*, mediante a exigência de concurso público (art. 37, II);0 a vedação de acumulação de cargos (art. 37, XVI), proibição de autopromoção (art. 37, XXI, § 1º); a necessidade de demonstração de idoneidade moral ou reputação ilibada para ocupar os cargos de ministro do Tribunal de Contas (art. 73), do Supremo Tribunal Federal (art. 101), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119), do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120); a exigência de idoneidade moral para requerer a naturalidade brasileira (art. 12); e a proibição de reeleição por violação à moralidade (art. 14). A consagração dessas condições para o ingresso na função implica a escolha da seriedade e da reputação como requisitos do homem público.

Quinto, *instituindo variados mecanismos de controle da atividade administrativa*, inclusive mediante controle de legitimidade dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas (art. 70).

A sistematização do significado preliminar desses dispositivos termina por demonstrar que a Constituição Federal estabeleceu um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e para o exercício da função pública, de tal sorte que, inexistindo seriedade, motivação e objetividade, os atos podem ser revistos por mecanismos internos e externos de controle.

Para melhor especificar esse rígido padrão de conduta, é necessário encontrar casos paradigmáticos que permitam esclarecer o significado da seriedade, da motivação e da objetividade que delimitam a moralidade almejada. Eis alguns.

Uma autoridade pública deixou escoar o prazo de validade de um concurso público para o preenchimento do cargo de Juiz de Direito Substituto, nomeando somente trinta e três dos cinqüenta candidatos, depois de conhecidos todos aqueles que haviam sido aprovados, e publicou novo edital para a mesma finalidade. Intimada a esclarecer os motivos da inércia, a autoridade deu a entender que não prorrogou o prazo de validade do concurso porque não queria. Nesse caso, ficou evidenciada a inércia intencional, o drible a normas imperativas, a malícia despropositada, a falta de postura exemplar e a ausência de motivos sérios. E esses comportamentos são incompatíveis com a seriedade e a veracidade necessárias à promoção da moralidade administrativa.6

Um sujeito pede transferência de uma universidade federal para outra e tem seu pedido deferido, em razão do que realiza a transferência e passa a freqüentar o curso durante longo período. Mais tarde, a autoridade administrativa constata que foi desobedecida uma formalidade, razão por que pretende anular os atos anteriores que permitiram a transferência. Nesse caso, ficou demonstrado não cumprimento de determinada promessa bem como foi ferida uma expectativa criada pela própria administração. E esses comportamentos são incompatíveis com a lealdade e a boa-fé, necessárias á promoção da moralidade administrativa.7

Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade, a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada por pela administração.[8]

1.4 FUNÇÃO RESIDUAL DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade possui, porém, uma peculiaridade. Ele funciona de modo residual. Como é por demais sabido, sempre que há exercício da atividade administrativa, deve haver observância de vários princípios, como o princípio da impessoalidade e seus corolários (neutralidade,

---

6 Recurso Extraordinário nº 192568-0, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.09.96.

7 ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Tributária* (42):100-114, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[8] Para outros sentidos, conferir: JUSTEN FILHOS, Marçal. O princípio da moralidade pública e o Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário* (79):71 e ss. São Paulo, Malheiros. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 223 e ss.

imparcialidade, objetividade), o princípio da publicidade e transparência, o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, e muitos outros. É plausível afirmar que quando há violação a algum desses princípios, no mais das vezes, também há infração ao princípio da moralidade. De fato, pode haver superposição de incidência. Isso não quer dizer, porém, nem que o aplicador do Direito não possa dissociar os princípios aplicáveis nem que ele não possa fazer uso do princípio da moralidade quando nenhum outro princípio possa resolver de maneira mais direta, se razões confluírem para esse uso.

E há, de fato, razões a favor da utilização residual do princípio da moralidade. Se algum outro princípio for violado, a fundamentação baseada diretamente nesse outro princípio é mais consistente, com mais força de controle. Isso porque o convencimento e o controle intersubjetivo é mais estável no caso dos outros princípios. No caso da moralidade, o consenso a respeito do seu significado é mais difícil. Além disso, sequer é preciso lançar mão da moralidade quando a violação diz respeito a princípios já positivados. É desnecessária a alegação do princípio da moralidade quando está configurada a infração a outro princípio jurídico positivado.

2. RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA

2.1 DEFINIÇÃO DE POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO

Até aqui, este estudo dedicou-se à investigação de um princípio que, como tal, estabelece fins a serem buscados. A partir de agora, não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas — princípios e regras — que deixaram de ser devidamente aplicadas.

Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, foi considerado violado o princípio da livre iniciativa, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional.[9] Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente. Da mesma forma, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inválida a ordem judicial

[9] Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.93.

para a submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma desnecessária e desproporcional.[10] Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da dignidade humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da auto-determinação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente. Com a razoabilidade, dá-se o mesmo, como será, adiante, demonstrado.

Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daqueles das normas cuja aplicação estruturam. São, por isso, metanormas ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.

A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. As considerações feitas acima apontam em sentido contrário. Como os postulados situam-se em um nível diverso das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria para confundir em vez de esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua conseqüência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese fosse preenchida, como o fazem DWORKIN e ALEXY, ainda assim a complexidade dos

[10] Habeas Corpus º 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

postulados se afastaria desse modelo dual. A análise dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, por exemplo, estão longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual) e não, um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. A possibilidade de, no final, requerer uma aplicação integral não elimina o uso diverso na preparação da decisão. E a circunstância de todas as espécies normativas serem voltadas, em última instância, para o comportamento humano não elimina a importância de explicar os procedimentos completamente distintos que preparam e fundamentam a sua descoberta.

Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos merecem uma caracterização à parte e, por conseqüência, também uma denominação distinta. A clareza argumentativa e o dever de fundamentação agradecem.

2.2 DIRETRIZES PARA A ANÁLISE DOS POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS

Considerando a definição de postulados como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras, propõem-se os seguintes passos para a sua investigação.

Em primeiro lugar, é preciso encontrar casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo. Em segundo lugar é necessário analisar a fundamentação das decisões para verificar quais elementos foram ordenados e como foram relacionados entre si. Em terceiro lugar, deve-se investigar quais normas foram objeto de aplicação e os fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação.

Como os postulados são deveres que estruturam a aplicação de normas jurídicas, é importante examinar não só quais foram as normas objeto de aplicação como também a fundamentação da decisão. Por exemplo, o postulado da proporcionalidade exige que as medidas adotadas pelo poder público sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. No caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que determinava utilização de balança especial para a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização de balanças), o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa). Segundo se depreende pela leitura da íntegra do acórdão, a recorrente alegava que o meio não era totalmente adequado à promoção do fim (segundo parecer do INMETRO, as balanças seriam impróprias para medir o conteúdo dos botijões, pois o uso dos manômetros não atendia à finalidade proposta, por ser a indicação do gás liquefeito de petróleo em massa e não em unidade de pressão), outros meios menos restritivos poderiam ter sido escolhidos (lacre, selo, vigilância) e as desvantagens (dispêndio com a compra

das balanças, repasse dos custos para o preço dos botijões, necessidade de deslocamento do consumidor até o veículo transportador) superavam as vantagens (maior controle do conteúdo dos botijões, proteção da confiança dos consumidores).[11] Enfim, o exame do acórdão permite verificar os elementos analisados e as relações exigidas entre eles.

Em quarto lugar, é preciso fazer o caminho de volta: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, é preciso verificar a existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base neles.

2.3 RAZOABILIDADE

2.3.1 GENERALIDADES

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.12 Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades.

Dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas.

2.3.2 RAZOABILIDADE COMO DEVER DE HARMONIZAÇÃO DO GERAL COM O INDIVIDUAL (DEVER DE EQÜIDADE)

No primeiro grupo de casos, o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual.

---

[11] Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.93.

12 Sobre a multiplicidade de significados, ver: SCACCIA, Gino. *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000.

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. Alguns casos ilustram essa exigência.

Um advogado requereu o adiamento do julgamento perante o Tribunal do Júri porque era defensor de outro caso rumoroso que seria julgado na mesma época. O primeiro pedido foi deferido. Depois de defender seu cliente, e diante da recomendação de repouso por duas semanas, o advogado requereu novo adiamento do julgamento. Nesse caso, porém, o julgador indeferiu o pedido por considerar o adiamento um descaso para com a Justiça, presumindo que o advogado estava pretendendo, de forma maliciosa, postergar indevidamente o julgamento. Na data marcada para o julgamento, e mesmo após o réu afirmar que seu advogado não estava presente, o Juiz-Presidente nomeou o advogado dativo, que logo assumiu a defesa. Inconformado com o indeferimento do pedido e com o próprio resultado do julgamento, o advogado impetrou *habeas corpus*. Na decisão, asseverou-se não parecer fora de razoabilidade que o advogado, que patrocinava causas complexas, cujo julgamento estava ocorrendo com certa contemporaneidade, pudesse pedir o adiamento em razão do que ocorrera no julgamento anterior. Enfim, afirmou-se que é razoável presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, em vez mentir ou agir de má-fé. Na aplicação do Direito, deve-se presumir o que normalmente acontece e, não, o contrário. A defesa apresentada pelo advogado dativo foi considerada nula em razão de o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento feito pelo advogado ter cerceado o *direito de defesa* do réu.[13]

A um Procurador do Estado, que interpôs agravo de instrumento em folha de papel timbrado da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, foi exigida a comprovação da condição de procurador pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento emitido pelo Procurador-Geral do Estado. Alegada a falta de instrumento de mandato, a questão foi levada a julgamento, momento em que se asseverou ser razoável presumir a existência de mandato quando o procurador possui mandato legal. Na interpretação das normas legais, deve-se presumir o que normalmente acontece e, não, o extraordinário, como a circunstância de alguém se apresentar como Procurador do Estado sem que possua, realmente, essa qualificação. Em virtude disso, foi determinado o conhecimento do agravo de instrumento em razão de a sua ineficácia afetar diretamente o direito de *ampla defesa* pelo mero fetichismo da forma.[14]

Um instrumento de mandato que esteja subscrito por quem se diz representante da pessoa jurídica de direito público, com menção do cargo ocupado no âmbito da respectiva administração, não pode ser havido como

---

13 Habeas Corpus nº 71408-1, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29.10.99.

14 Recurso Extraordinário nº 192553-1, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 16.04.99.

irregular ou falso. Na interpretação das normas, deve-se presumir o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante.[15]

Nos casos acima referidos, a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados.

Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável se por tratar de caso anormal.[16] Alguns exemplos iluminam esse dever.

A Prefeita de um município foi denunciada porque, quando exercia o chefia do Poder Executivo Municipal, contratou, sem concurso público, um cidadão para a prestação de serviços como gari pelo período de nove meses. No julgamento do *habeas corpus*, considerou-se inexistente qualquer prejuízo para o Município em decorrência desse caso isolado. Além disso, considerou-se atentatório à ordem natural das coisas e, por conseguinte, ao princípio da razoabilidade, exigir-se a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de uma atividade de menor hierarquia.[17] Nesse caso, a regra segundo a qual é necessário concurso público para contratação de agente público incidiu, mas a conseqüência do seu descumprimento não foi aplicada (invalidade da contratação e, em razão de outra norma, prática de ato de improbidade), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (proteção do patrimônio público). Dito de outro modo, segundo a decisão, o patrimônio público não deixaria de ser protegido pela mera contratação de um gari por um tempo determinado.

Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto de tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada por violar a razoabilidade, na medida em que uma *interpretação dentro do razoável* indica que a

---

15 Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 199066-0, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.08.97.

16 JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1985. S. 94. ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*. Berlin: Duncker und Humblot, 1995. S. 242.

17 Habeas Corpus nº 77.003-4, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 11.09.98.

interpretação deve ser feita "em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei".[18] Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a conseqüência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo, segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá.

Nos casos acima referidos, a regra geral, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão da sua anormalidade. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.[19] Nos casos analisados, as condições de aplicação das regras foram satisfeitas. No primeiro caso, as condições de aplicação da regra segundo a qual o ingresso na função pública depende de concurso público foram preenchidas, pois se tratava de função pública e de ingresso nessa função. Mesmo assim, a regra não foi aplicada: entendeu-se não haver descumprimento da regra *naquele caso*. No segundo caso, a condição de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deve ser excluído de um mecanismo especial de pagamento de tributos quando efetuar uma importação, foi preenchida. Ainda assim, a regra não foi aplicada: o contribuinte não foi excluído *naquele caso*. Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de ARISTÓTELES, para quem a natureza da eqüidade consiste em ser um corretivo da lei quando e aonde ela é omissa por ser geral.[20]

Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para dizer que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e art. 3º da Constituição Federal).

---

18 Processo nº 13003.000021/99-14, Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Sessão do dia 18.10.2000.

19 HAGE, Jaap. C. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997. p. 114.

20 ARISTOTELE. *Etica Nicomachea*. Trad. Marcello Zanata. Milão: Rizzoli, 1994. p. 381 (1137 a 19 e ss.). BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial — Uma Visão Dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996. S. 99.

2.3.3 RAZOABILIDADE COMO DEVER DE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO COM SUAS CONDIÇÕES EXTERNAS (DEVER DE CONGRUÊNCIA)

No segundo grupo de casos, o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação.

Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente.[21] Alguns exemplos o comprovam.

Uma lei estadual instituiu um adicional de férias de um terço para os inativos. Levada a questão a julgamento, considerou-se indevido o referido adicional por traduzir uma vantagem *destituída de causa* e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como conseqüência disso, a instituição do adicional foi anulada em razão de violar o devido processo legal, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.22

Uma lei estadual determinou que os estabelecimentos de ensino expedissem os certificados de conclusão do curso e do histórico escolar aos alunos da terceira série de ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior, independentemente do número de aulas freqüentado pelo aluno, expedição essa a ser providenciada em tempo hábil de modo que o aluno pudesse matricular-se no curso superior para o qual foi habilitado. O Supremo Tribunal Federal entendeu caracterizada a relevância jurídica da argüição de inconstitucionalidade sustentada pela autora da ação uma vez que a lei impugnada, à primeira vista, revela-se destituída de razoabilidade, pois *inverteu a ordem natural* acadêmica para atribuir aos estudantes, independentemente da freqüência, o direito à expedição da conclusão do ensino médio, desde que aprovados em vestibular.23

Uma norma constante de Constituição Estadual determinava que o pagamento dos servidores do Estado fosse feito, impreterivelmente, até o 10º (décimo) dia útil de cada mês. O Supremo Tribunal Federal considerou ser irrazoável que a norma impugnada, para evitar o atraso no pagamento dos servidores estaduais, estabelecesse uma antecipação de pagamento de *serviços que ainda não haviam sido prestados*. 24

---

[21] ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 9, dezembro, 2001, p. 4. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

22 Ação Direta de Inconstitucionalidade, Medida Liminar, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 26.05.95.

23 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667-DF, Medida Cautelar, Relator Min. Celso de Mello, 19.6.2002.

24 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 247-RJ, Relator Min. Ilmar Galvão, 17.6.2002.

Nesses casos, o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade.[25] A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (*Natur der Sache*). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.

Essa exigência também assume relevo nas hipóteses de anacronismo legislativo, isto é, naqueles casos em que a norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto sócio-econômico, não mais possui razão para ser aplicada.[26]

Em segundo lugar, a razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.[27] O exame de alguns casos comprova isso.

O Poder Executivo editou medida provisória com a finalidade de ampliação do prazo de decadência, de dois para cinco anos, para a propositura de ação rescisória pela União, Estados ou Municípios. No julgamento, foi asseverado que o Poder Público possui algumas prerrogativas, as quais devem, porém, ser suportadas por diferenças reais entre as partes e, não, apenas servir de agravamento da satisfação do direito do particular. Somente uma razão de ser plausível e aceitável justifica a distinção. Em decorrência disso e de outros fundamentos, a medida provisória foi declarada inconstitucional em razão de a instituição de discriminação arbitrária violar o princípio da igualdade e do devido processo legal.[28]

Uma lei estadual determinou que o período de trabalho de secretários de Estado deveria contar em dobro para efeitos de aposentadoria. Levada a questão a julgamento, afirmou-se que não há razoabilidade em se considerar que o tempo de serviço de um secretário de Estado deva valer o dobro que o dos demais servidores. Trata-se de discriminação arbitrária ou aleatória. Em

---

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *RDA* (190):13, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

26 SCACCIA, Gino. *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000. p. 247.

27 ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 9, dezembro, 2001, p. 4. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

28 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753-2, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.06.98.

virtude disso, a distinção foi considerada inválida pois a instituição de distinção sem causa concreta viola o princípio da igualdade.29

Uma lei vinculou o número de candidatos por partido ao número de vagas destinadas ao povo do Estado na Câmara de Deputados. O número de candidatos foi eleito critério de discriminação eleitoral. Os partidos insurgiram-se contra a medida, alegando ser ela irrazoável. No julgamento, porém, considerou-se haver congruência entre o critério de distinção e a medida adotada, pois a vinculação das vagas ao número de candidatos levaria à melhor representatividade populacional.30

Nos dois casos acima referidos, o postulado da razoabilidade exigiu uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. À eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) soma-se a eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, caput), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

2.3.4 RAZOABILIDADE COMO DEVER DE VINCULAÇÃO ENTRE DUAS GRANDEZAS (DEVER DE EQUIVALÊNCIA)

A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária, de percentual fixo, por considerar que, em alguns casos, essa seria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental — obtenção de prestação jurisdicional —, além de não ser *razoavelmente* equivalente ao custo real do serviço.31 Nesse caso, o fundamento da decisão está na desproporção entre o custo do serviço e a taxa cobrada. As taxas devem ser fixadas de acordo com o serviço que é prestado ou colocado à disposição do contribuinte. Nesse sentido, o custo do serviço serve de critério para a fixação do valor das taxas. Daí se dizer que as taxas devem ser *equivalentes* ao serviço prestado.

Outro exemplo refere-se às penas que devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do agente. Nesse sentido, a culpa serve de critério para a fixação da pena a ser cumprida, devendo a pena corresponder à culpa. O Supremo Tribunal Federal, em caso já mencionado, decidiu pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa uma vez verificada a insignificância

29 Ação Direta de Inconstitucionalidade, Medida Liminar, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.91.

30 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.813-5, Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJ 06.06.98.

31 Representação nº 1077, Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 112/34-67.

jurídica do ato apontado como delituoso. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado o período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público. A punição não seria *equivalente* ao ato delituoso.[32]

2.3.5 DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado, se promove o fim. Um meio é necessário, se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.33

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. É o que se passa a demonstrar.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de eqüidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com as suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Na primeira hipótese, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios ou relação de causalidade entre um meio e um fim.

---

[32] Habeas Corpus nº 77003, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 11.09.98.

33 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* (215):151-79, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999

Na segunda hipótese, exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a própria.

A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a *dimensiona*. Nessa hipótese, exige-se uma relação entre critério e medida e, não, entre meio e fim. Tanto é assim que não se pode afirmar, nos casos analisados, que o custo do serviço promove a taxa, ou que a culpa leva à pena. Não há, nessas hipóteses, qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do princípio da proporcionalidade. Há, isto sim, uma relação de correspondência entre duas *grandezas*.34

2.4 EFICIÊNCIA

2.4.1 GENERALIDADES

O dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue.

O tema da eficiência não é novo no Direito anglo-saxão, onde são diferenciadas duas exigências: o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*).35

Relativamente à atividade administrativa, surgem algumas indagações importantes no que concerne à aplicação da eficiência. A primeira: a administração tem o dever de obter “o melhor resultado” ou apenas “um resultado satisfatório”? A segunda: a administração tem o dever de escolher o meio menos oneroso financeiramente, ou o custo financeiro é apenas um dentre tantos elementos a serem ponderados para a tomada de decisão?

---

34 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Materiell verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*. Nomos: Baden-Baden, 2002. p. 71.

35 GALLIGAN, Dennis. *Discretionary powers*. A legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1986. p. 129 e ss.

Enfim, o que significa eficiência administrativa, menor custo com melhor resultado? A investigação que segue procura responder a essas indagações.

2.4.2 EFICIÊNCIA COMO DEVER DE ESCOLHER MEIO MENOS CUSTOSO *CETERIS PARIBUS*

Alguns entendem a eficiência como o dever de a administração escolher o meio que implique menos dispêndios financeiros. Dentre as várias alternativas, cumpre escolher a opção mais barata. Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas, apesar de mais custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro. O modo relativo é aquele que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa dizer que não se pode entender, de chofre, como melhor a compra de equipamentos eletrônicos só porque são mais baratos relativamente a outros, sem a consideração, por exemplo, da sua durabilidade, dos serviços de assistência técnica que eles exigem, da sua obsolescência, da sua praticidade. O equipamento mais barato pode ser, até mesmo, o menos adequado para realizar a finalidade de modo satisfatório.

Com efeito, de uma medida administrativa podem surgir efeitos relacionados a vários fins que a administração deve atingir, uns primários, outros secundários. A avaliação de todos os fins administrativos afasta o dever de considerar o menor custo como excludente do exame de outros fins. O menor custo é, tão-só, um dos vários elementos a serem considerados.

Suponha-se, por exemplo, que a administração escolha um meio (M1) para atingir um fim determinado por um princípio (P1). Digamos que esse meio realiza P1, restringe pouco a liberdade do administrado (P2), mas, em compensação, provoca muitos custos administrativos (P3). Diante disso, a administração cogita utilizar um outro meio (M2) para atingir P1, que, ao seu turno, causa menos custos administrativos (P3), mas, em compensação, restringe muito mais intensamente a liberdade do administrado (P2). Essa situação remete-nos à seguinte indagação: qual meio deve ser escolhido para atingir um fim, o que restringe menos a liberdade do administrado mas causa mais custos administrativos ou aquele que causa menos custos administrativos mas restringe mais a liberdade do administrado? Nesta oportunidade, basta afirmar que a resposta, em princípio a favor do meio menos restritivo, depende de uma ponderação sistematicamente orientada, sendo inviável uma supremacia *a priori* em favor do meio que causa menos custos administrativos.

A resposta se modifica, porém, se a restrição causada pelos meios for igual, mas apenas os custos forem diferentes. Por exemplo, a administração escolhe um meio (M1) para atingir um fim determinado por um princípio (P1). M1 causa pouca restrição à liberdade do administrado, e provoca, igualmente,

poucos custos administrativos. Outro meio (M2) restringe a liberdade do administrado da mesma forma, mas causa custos administrativos muito maiores. Nesse caso, a adoção do meio menos dispendioso é necessária, na medida em que permanecem inalterados os elementos relativos à realização de P1 e a restrição de P2.

O que essas considerações contribuem para o exame da eficiência? Em primeiro lugar, essas considerações demonstram que não há o dever absoluto de escolher o meio que cause menos custo administrativo (*Vewaltungsaufwand*). A medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente. Só porque a medida é econômica não quer dizer que, em face da consideração de todas as circunstâncias deva ser adotada. Em segundo lugar, essas ponderações apontam para o dever de a administração escolher o meio menos dispendioso somente no caso de ficarem inalteradas (*ceteris paribus*) a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos.

Ainda assim, surge uma indagação: para ser eficiente basta que a administração escolha o meio menos dispendioso quando os meios alternativos causarem igual restrição aos direitos dos administrados e promoverem com a mesma intensidade os fins administrativos? Em que nível devem ser a realizados os fins administrativos, ao máximo, ao mínimo ou apenas satisfatoriamente? Essas indagações são adiante respondidas.

2.4.3 EFICIÊNCIA COMO DEVER DE PROMOVER O FIM DE MODO SATISFATÓRIO

O dever de eficiência é muitas vezes associado ao dever de exercer uma boa administração. E a boa administração é associada ao máximo de realização das finalidades administrativas. O que significa a máxima realização da função administrativa? É a eficiência que está associada à realização máxima dos fins administrativos ou é a proporcionalidade em sentido estrito que o está?

Para responder a essas questões é preciso dissociar duas exigências que direcionam a realização das finalidades administrativas: a eficiência e a proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade exige que a administração escolha, para a realização de fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo para o administrado. E um meio é proporcional em sentido estrito se as vantagens que promove supera as desvantagens que provoca.[36] Neste

36 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* (215):151-79, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999. Sobre a

estudo interessa-nos mais de perto a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção da realização gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? E qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela administração?

Para este trabalho, interessa-nos responder somente à primeira pergunta (o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?). Para tanto, é preciso analisar as relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Pode-se avaliar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza).[37]

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim. A escolha da administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina (M1) que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos), e outra vacina (M2) que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).

Essas ponderações — restringindo-nos ao objeto do nosso trabalho — remetem-nos a analisar se a administração tem o dever de escolher o "mais intenso", "melhor" e "mais seguro" meio para atingir o fim ou se tem o dever de escolher um meio que "simplesmente" promova o fim. Cremos que a administração tem o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam-nos a essa conclusão.

Em primeiro lugar, nem sempre é possível — ou mesmo plausível — saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a administração. A

---

proporcionalidade, ver, por todos: CLERICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

37 WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1989. p. 288.

administração pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da administração seria previamente reduzida, se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções. Cada Poder dever conservar uma prerrogativa de avaliação (*Einschatzungsprärogative*).

Em terceiro lugar, a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que sejam examinadas todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o "mais intenso", o "melhor" e o "mais seguro" para atingir o fim impede a consideração de outros argumentos que podem justificar a sua escolha. Esses outros argumentos não devem, por isso, ser analisados no exame de adequação, mas no exame de proporcionalidade em sentido estrito, como será adiante demonstrado.

Até o momento, basta reconhecer que a administração pública deverá escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro.

Mas se a administração não tem o dever de escolher o "mais intenso", o "melhor" e o "mais seguro" meio para atingir o fim, pergunta-se: pode a administração escolher o meio "menos intenso", "pior" e "menos seguro" para atingir um fim? Certamente, não. Pois é precisamente aqui que entra em cena o dever de eficiência administrativa.

A eficiência, tal como se a entende neste trabalho, é implicação da própria atribuição de fins à administração pública. Com efeito, a administração, de acordo com o ordenamento jurídico, deve promover a realização de vários fins. Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório.[38] Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa.

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à

---

[38] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 2, maio de 2001, p. 6. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.

CONCLUSÕES

Esse estudo procurou demonstrar, em primeiro lugar, que as categorias normativas não se circunscrevem aos princípios e às regras. Além delas, existe a figura dos postulados, que podem ser definidos como metanormas que estruturam racionalmente a aplicação de outras normas.

Em segundo lugar, este trabalho propôs uma nova forma de análise dos princípios. Como eles podem ser definidos como normas imediatamente finalísticas, o intérprete do Direito deve desvelar quais são os comportamentos necessários à promoção do fim. Com isso, procura-se romper com um modo de investigação de privilegia o aspecto valorativo dos princípios em favor de uma análise problemática que prioriza o aspecto comportamental também no caso dos princípios.

Em terceiro lugar, este estudo procurou demonstrar que os denominados princípios da razoabilidade e da eficiência possuem uma diferente estrutura relativamente aos princípios jurídicos. Para tanto, procedeu-se a uma reconstrução analítica de decisões judiciais que nos permite afirmar, como segurança, que a razoabilidade e a eficiência não são meros *topoi* sem forma nem conteúdo, mas postulados específicos que estruturam a aplicação de princípios e regras.

Espera-se, com isso, ter demonstrado que a análise dos princípios, em vez de se limitar à exaltação dos valores que eles visam a preservar, pressupõe a manipulação rigorosa da linguagem, a reconstrução analítica de decisões judiciais e a estruturação racional de sua aplicação. Sem esses elementos, corre-se o risco de, a pretexto de engrandecer a eficácia dos princípios, terminar por apequená-la.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

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

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível 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 www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.