

---

# A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA – A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE COERÊNCIA E SIGNIFICADO

---

*Cinara Ribeiro Silva Kichel*  
*Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A gênese parlamentar da Emenda Constitucional nº 19 – a conotação política de eficiência; 2 O texto original da Constituição Federal – a conotação jurídica de eficiência; 3 A interpretação jurisprudencial do princípio da eficiência anterior à promulgação da Emenda nº 19; 4 A interpretação jurisprudencial do princípio da eficiência posterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 19; 5 Conclusões - a interpretação dos princípios constitucionais como garantia de coerência e significado.

**RESUMO:** O presente artigo expõe a análise da interpretação do princípio constitucional da eficiência administrativa, antes e depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que o positivou, examinando a efetiva necessidade de positivação de um princípio no corpo da Constituição, bem como a influência desta positivação na jurisprudência da Corte.

Como se demonstra ao longo deste trabalho, a interpretação jurisprudencial baseada nos princípios fundamentais que traduzam as diretrizes norteadoras da administração pública, mesmo que não positivados, mantém o real sentido das expressões, sendo imune a conotações políticas que deles se afaste, assegurando seu conteúdo normativo e sinalagmático no sistema e protegendo sua coerência e real significação, bem como explicita a desnecessidade de modificação do texto constitucional para garantir a efetividade de aplicação de um princípio.

A doutrina de Ronald Dworkin e Menelick de Carvalho Netto serviram de embasamento e suporte teórico para este estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Princípios constitucionais da administração pública. Emenda Constitucional nº 19. Princípio da eficiência administrativa. Interpretação jurisprudencial de princípios constitucionais. Positivação de princípios constitucionais.

**ABSTRACT:** This article presents the analysis of the interpretation of the constitutional principle of administrative efficiency, before and after the enactment of Constitutional Amendment No. 19, June 4, 1998, that positivated it, examining the actual need of positivation of a principle in the body of Constitution and the influence of that positivation in the Court jurisprudence.

As demonstrated throughout this paper, the judicial interpretation based on fundamental principles that translate the directrix guiding the government, even if not positivized, keeps the real meaning of the terms, being immune to political connotations that deviate from them, ensuring their normative and synallagmatic content in the system and protecting its real meaning and coherence, as well explicit the unnecessary to amend the Constitution to ensure the effective application of a principle.

The doctrine of Ronald Dworkin and Menelick de Carvalho Netto were used as foundation and theoretical support for this study.

**KEYWORD:** Constitutional Law. Constitutional principles of public administration. Constitutional Amendment 19. Principle of administrative efficiency. Judicial interpretation of constitutional principles. Positivation of constitutional principles.

Juízes têm de se precaver contra construções rígidas e conclusões forçadas; pois não há tortura pior do que a tortura de leis. [...] Um juiz deve dar consideração aos fatos, e também às circunstâncias. [...] Os juízes devem, acima de tudo, se lembrar da conclusão das Doze Tábuas Romanas: A lei suprema de tudo é o bem estar do povo; e saber que leis, exceto se estiverem de acordo com aquele fim, são apenas coisas capciosas, e oráculos não bem inspirados.<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O trabalho consiste na compilação e cotejo das decisões do Supremo Tribunal Federal, anteriores e posteriores à Emenda Constitucional nº 19 (e a positivação do Princípio da Eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal), na tentativa de demonstrar que a interpretação principiológica uniforme, adotada pela Corte Constitucional nos casos em que o princípio da eficiência administrativa foi abordado, manteve seu significado coerente com o ordenamento jurídico ao qual pertence, assegurando que o seu conteúdo normativo permanecesse imune a quaisquer influências e conotações políticas que dele se afastasse, independentemente de sua gênese parlamentar ou a eventuais imprecisões técnicas de linguagem inseridas no texto, por ocasião de tramitação legislativa da Emenda Constitucional em que foi positivado.

As conclusões foram baseadas no exame da jurisprudência compilada sob o enfoque da doutrina dos autores que abordaram a interpretação baseada no sistema de princípios fundamentais como diretriz norteadora da hermenêutica constitucional, entre eles Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

## 1 A GÊNESE PARLAMENTAR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19 – A CONOTAÇÃO POLÍTICA DE EFICIÊNCIA

A Exposição de Motivos ao Presidente da República, que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional nº 173, tratando

1 BACON, Francis, “Do Judiciário”. *Ensaio de Francis Bacon*, Petrópolis: Vozes, 2007. p. 169.

da Reforma Administrativa, (encaminhada pelo governo ao Congresso nacional em 23 de agosto de 1997), destacava, como resultado esperado, a incorporação da “dimensão da eficiência na administração pública”, justificando que a “revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias à implantação de novos formatos organizacionais e institucionais, à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados”, não esgotando a reforma administrativa, mas representando “etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios, modelos e técnicas de gestão”.

O Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, à época da proposta, coerentemente, sempre defendeu, em sua doutrina, a administração gerencial (baseada em desempenho e resultado), como preferível ao modelo burocrático<sup>2</sup>, entendendo que o princípio da eficiência pressupunha autonomia de gestão, submetendo-se a controles internos e externos de responsabilidade.

Paulo Modesto, professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia, participou ativamente das discussões da proposta de Emenda Constitucional perante o Congresso Nacional, como Assessor Especial do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, e admitiu, corajosamente, em artigo publicado em abril de 2000, sua contrariedade frente à alteração do caput do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que entendeu ser a sugestão de redação para o dispositivo, feita pelo Relator na Câmara, desnecessária e redundante (“*qualidade dos serviços prestados*”), propondo a alteração para o enunciado *eficiência*, argüindo, então, a impropriedade de incluir a primeira redação entre os princípios gerais da administração,

por ela referir diretamente apenas um setor da administração pública (a esfera da prestação de serviços públicos), quando todos os demais

---

<sup>2</sup> “O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura - nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial” in *Revista do Serviço Público*, nº 47 (1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996).

princípios ostentavam um alcance geral, bem como uma clara redundância com o art. 175 da Constituição da República, já ocupado com a exigência de qualidade na prestação dos serviços públicos. Pesou em favor da segunda redação, também, a sua referência explícita em diversos dispositivos constitucionais e a terminologia que acompanha o tema no direito comparado. Esses fatos são desmistificadores e apenas por essa razão merecem ser referidos. Porém, demonstram também, aliados aos argumentos anteriores, que é preciso analisar o princípio da eficiência em articulação com o sistema constitucional estabelecido desde a promulgação da Constituição de 1988. Somente assim parece possível explorar, com olhar mais atento, o conteúdo específico do princípio da eficiência.<sup>3</sup>

Assim, admitida a imprecisão legislativa da expressão frente ao sistema de princípios constitucionais<sup>4</sup>, vê-se, por óbvio, que o uso do vocábulo *eficiência* na Exposição de Motivos da Emenda nº 19 (e sua conseqüente inclusão como princípio administrativo no art. 37 da Constituição Federal), integrava uma construção semântica criada, objetivamente, para reforçar uma proposta política, sintetizando e adjetivando a idéia de um sistema específico de gestão pública gerencial, baseada na avaliação de resultados, afastando-se da idéia de eficiência como finalidade própria da administração pública, eis que partia da premissa que o modelo de administração burocrática antes adotado, era ineficiente e de que a “dimensão da eficiência” na esfera da administração pública era, até então, inédita.

A tramitação da proposta na Comissão Constituição e Justiça foi atipicamente longa. A demora excepcional deveu-se a intensa resistência por parte de um grupo de parlamentares - uma grande percentagem de professores de direito, que recusavam-se, por supostas “razões técnicas”, a admitir a quebra de direitos adquiridos e as alterações no regime de estabilidade dos servidores públicos.<sup>5</sup>

3 Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público nº 02. 2000, p. 105.

4 “Sempre identifiquei méritos e defeitos graves no texto dos projetos relativos à reforma administrativa em curso no Congresso Nacional e, antes disso, no Poder Executivo. A síntese final de uma proposta de emenda constitucional é sempre uma síntese política”. PAULO MODESTO, em exposição feita no III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Brasília, Distrito Federal, em 27 de outubro de 2000.

5 “Parecer mantém a estabilidade do servidor”, *Gazeta Mercantil*, 10.07.96; “Governo fará emenda contra a estabilidade”, *Gazeta Mercantil*, 11.07.96; “Fim da estabilidade divide base governista”, *Gazeta Mercantil*, 12,13e14.7.96; “FHC já admite acordo para estabilidade”, *Gazeta Mercantil*, 16.07.96; “Acordo facilita dispensa do servidor. (Líderes governistas fecham propostas flexibilizando estabilidade do funcionário público)”, *Gazeta Mercantil*, 18.07.96; “Líderes recuam e mantêm estabilidade”, *Gazeta Mercantil*, 19,20,21.7.96.

Destaca-se aqui a cronologia da proposta legislativa, independentemente de questionamentos valorativos ou negação dos objetivos virtuosos do projeto político, apenas para evidenciar que a utilização do vocábulo *eficiência*, não se deu, na oportunidade, como evocação intencional do princípio administrativo em si (em todas as suas conotações), mas como tradução de eficácia gerencial e, incidentalmente, como melhor substitutivo para proposta de redação legislativa considerada tecnicamente inadequada.

## **2 O TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A CONOTAÇÃO JURÍDICA DE EFICIÊNCIA.**

A expressão “eficiência”, em referências explícitas ou implícitas, já estava presente na redação original da Carta Constitucional. Expressamente: no art. 74, II (“Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.) e no §7º do art. 144 (“a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”).

Dentre outros dispositivos que trazem a idéia da eficiência da administração pública implícita em sua redação, ressalte-se o disposto no inciso VII, do art. 71 da Constituição Federal, que autoriza os Tribunais de Contas a realizar “auditorias operacionais”, apartadas das auditorias financeira e patrimonial, ficando claro que nunca foi dada ao administrador a liberdade para ser ineficiente, o que importaria em violação de norma constitucional. Aliás, mesmo em se tratando de sociedades de economia mista, de natureza preponderantemente empresarial, não se pode desconsiderar que são:

implementadoras de políticas públicas, devendo sua eficiência ser aferida não só por sua capacidade de obter lucros, mas, sobretudo, por sua capacidade de persecução aos interesses públicos que orientaram sua criação.<sup>6</sup>

---

6 SILVA, Waldeck Miqulino, Considerações sobre o controle externo das sociedades de economia mista e seus fins econômicos, in *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, Org. José Geraldo de Souza Júnior, Brasília, Tribunal de Contas da União, 2006.

Em suma, por óbvio que não foi a referência expressa ao vocábulo no art. 37 da Constituição, intencional ou incidental, que tornou o princípio aplicável juridicamente, eis que, como princípio orientador da administração pública (ou finalidade decorrente dos demais princípios), ele já estaria presente no texto constitucional na sua redação original (explícita ou implicitamente). Afinal, como preleciona Ronald Dworkin, não se pode confundir referência expressa com interpretação.<sup>7</sup>

Mas, uma vez inserido no texto constitucional, como princípio positivado, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, e obedecendo-se a lição clássica de Ferrara<sup>8</sup> (desconsiderada, pois, sua gênese), seu significado jurídico segue a linha de interpretação dos demais princípios, já elencados na redação anterior do art. 37, ou seja, como *limitação normativa e diretriz ética a ser seguida pelo administrador público*, afastando-se, definitivamente, de quaisquer condutas baseadas em ideologia ou conveniência política. A idéia de eficiência, ao ser consagrada, na Constituição da República, não obstante o *nomen iuris*, e embora conservando as características próprias de finalidade mesma da administração pública, foi “juridicizada” [...] à semelhança de tudo o que Rei Midas tocasse ouro se tornava, tudo o que cai no Direito, jurídico se torna”.<sup>9</sup>

Percebe-se, segundo o Professor Aristides Junqueira, que quando os valores morais são evocados pelo legislador com “explicitude preocupante”, certamente é porque “traduz reconhecimento de que eles estão em perigo de extinção”.<sup>10</sup> E o artigo 37 da Constituição é um exemplo concreto da positivação de valores, como desdobramentos da legitimidade da atividade administrativa na gestão da coisa pública que lhes confere o *administrado*, que espera que toda a atuação estatal deva buscar a dimensão ética, impreterivelmente, não só relativamente à conduta do administrador, mas à própria elaboração da norma.

Como assegura a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, cujas obras de Direito Administrativo são comumente citadas como referência, “a exigência

---

7 “A interpretação jurídica é essencialmente holística, ainda quando o alvo aparente da interpretação seja um determinado dispositivo ou expressão e não o documento como um todo. Qualquer intérprete tem que aceitar limites interpretativos – supostos acerca do que faz uma interpretação melhor do que outra – e qualquer conjunto plausível de limites inclui um requisito de coerência” RONALD DWORKIN, *Direito não enumerados: se e como o precedente Roe v. Wade deve ser revisto*. Disponível em: <<http://www.nybr.com>>. Acesso em: 10 set. 2008.

8 FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1963. p. 130.

9 CERNICCHIARO, Luis Vicente. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 1996. p.39.

10 ALVARENGA, op. cit., 46.

de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado”, passando a ser,

não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito a um governo honesto. [...] A idéia da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado” [...] o Estado não é a fonte de uma Moral segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Estado é a pessoa criada pelo homem para realizar seus fins numa convivência política harmônica. Quando e onde o Estado arvora-se em fonte de uma Moral e transforma-se em um fim, não há, ali, qualquer Moral prevalecendo, pois o que em seu nome se pratica não pode ser assim considerado pela circunstância de que ali se estará a aplicar regras antidemocráticas de voluntarismo do eventual detentor do Poder, sem preocupação com o ideário político da sociedade.<sup>11</sup>

Por dedução, a *necessidade* de normatização de uma finalidade da própria administração pública (como afirmação e lembrança de seu propósito e de sua motivação primeira), pode vir a explicitar a sua negação como premissa, eis que não mais considerada como alicerce de interpretação e principal objetivo da prática administrativa, que fica reduzida à pura performance técnica, considerada enquanto tal - mero discurso, banalizando os objetivos éticos superiores a que visava (inseparáveis da postura do administrador público), transformando-se a imanência no fator mais importante.

Na realidade, a *necessidade* de positivação de um princípio baseado em preceito ético, demonstra uma verdadeira crise de comprometimento dos administradores públicos - quanto maior a positivação, menor a responsabilidade pessoal e institucional quanto às escolhas de condutas que, necessariamente, são feitas dentro dos procedimentos democráticos. A confusão entre as razões objetivas e as razões subjetivas, que motivam uma iniciativa, cria brechas para ideologias de ocasião e suas interpretações convenientes - assim, torna-se possível, convenientemente, se afastar direitos fundamentais por

---

11 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.190.

razões objetivas e se justificar decisões eminentemente econômicas por razões subjetivas.

### **3 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA Nº 19**

De qualquer forma, o princípio da eficiência sempre esteve implicitamente presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo que com algumas tímidas referências expressas, inclusive nas decisões anteriores a 1960.

Ressalte-se um julgado de 1994, proferido em Recurso Extraordinário, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio (originado em Ação Popular interposta em oposição a atos perpetrados por uma prefeitura do interior de São Paulo)<sup>12</sup> que, apesar de se referir especificamente ao princípio da moralidade administrativa, ilustra exemplarmente a posição da jurisprudência da Corte, anteriormente a Emenda Constitucional nº 19. Em seu voto, o Relator transcreve, na íntegra (em função da clareza pedagógica), o acórdão proferido, em Embargos Infringentes, pela Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de Administração Pública (art. 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzáles Perez 'el hecho de su consagración em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter' (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser

<sup>12</sup> RE nº 160.381/SP, de 29.03.94, Segunda Turma.

honesto e probo, mas tem de mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.

De fato, a idéia de eficiência como princípio já figurava, há muito tempo, na jurisprudência do STF, como diretriz da administração pública. No Recurso Extraordinário nº 25.976/DF (de 14.04.1955), de Relatoria do Ministro Afrânio Costa, relativo ao pleito de servidores públicos quanto à reclassificação de cargos de carreira, houve o reconhecimento de que o “Poder Público não pode ser impedido de modificar a administração pela forma que mais convier a eficiência técnica dos serviços”. Detalhe ilustrativo: na ementa, constante dos registros oficiais, houve alteração manual posterior da expressão utilizada (rasura) – eficácia foi substituída por eficiência.

Há outro julgado que entende que tal princípio deveria ser observado, “inclusive”, pela Forças Armadas (Recurso Extraordinário nº 27.246, de 16.06.55, em que se julgou pedido de promoção de militar, que não possuía, à época, curso específico para o cargo almejado). No Mandado de Segurança nº 4.057, julgado em 08.05.57, em que se discutiu os critérios adotados para promoção de militares combatentes na rebelião comunista de 1935, também é mencionada a idéia de eficiência, expressamente utilizada pela legislação aplicável ao caso (Lei nº 1.267, de dezembro de 1950). Detalhe histórico: no relatório foi mencionado que dos autos constavam algumas declarações dos “Exmos. Srs. Marechais reformados” Eurico Gaspar Dutra e Mário José Pinto Guedes, do General de Brigada R. Joel de Almeida Castelo Branco e do “Coronel Reformado” Heitor Abrantes, atestando, de forma genérica, que o requerente havia “colaborado com seu chefe [...], prestando útil e valoroso auxílio às autoridades constituídas”, na repressão ao comunismo. Na ocasião do julgamento, Ministro Antonio Vilas Boas, sensatamente asseverando que “a palavra do eminente Marechal Dutra é muito honrada, mas deve ser tomada como depoimento em juízo”, acompanhou a divergência e indeferiu o pedido.

Mas a decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 2.201, de 07.01.54 é, dentre muitas, a mais emblemática da jurisprudência antecedente, eis que já na ementa se esclarece que “o controle administrativo do ensino público permite a interferência oficial na direção dos educandários particulares para afastar os diretores sem eficiência”. No caso, um diretor de escola pública, afastado do cargo por falhas administrativas, requeria a recondução. O Relator, Ministro Abner de Vasconcelos, foi enfático, entendendo que o órgão público responsável pelo afastamento “não agiu visando a pessoa do requerente,

mas a entidade do diretor, que comprometia a instrução de seiscentos alunos. Foi verificado que ao dirigente faltava visão administrativa e providenciou o Ministério a sua substituição. A incapacidade de direção não constitui, propriamente, uma diminuição de ordem moral, pois nem todo cidadão ilibado tem competência para dirigir e administrar”.

Em decisão mais recente, proferida na ADIMC nº 1521, julgada ainda em 1997 e precedente da Súmula Vinculante nº 13, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo objeto da discussão eram as nomeações de parentes para cargos em comissão (nepotismo), por autoridades que ocupavam cargos de direção na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Carlos Velloso, assevera em seu voto:

Antes de concluir, Sr. Presidente, é preciso ser dito que todos nós estamos empenhados em moralizar a administração pública brasileira, mesmo porque o princípio da moralidade administrativa é princípio constitucional (C.F. art.37), e o povo tem fome de ética. Mas isso deve ser feito de conformidade com o direito, com a observância da ordem jurídica, mediante medidas e normas razoáveis, constitucionais, que respeitem os direitos das pessoas. Fora daí, será o caos, e as pessoas ficarão sujeitas aos bons e maus humores de administradores, legisladores e juízes.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, em seu estilo único, foi ainda mais incisivo, ressaltando a preservação do sistema constitucional, considerados os princípios implícitos e explícitos nele contidos:

A Carta de 1988 homenageia, com tintas fortes, o princípio isonômico. Além da regra geral do art. 5º, tem-se ainda a específica, reveladora que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, devendo a investidura, excetuada a hipótese de cargo em comissão, assim declarado em lei, ser precedida de concurso público de provas e de provas e títulos. A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura de capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatória observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento à realidade nacional, quantas e quantas vezes eivadas de distorções. § A apreciação da liminar buscada pela Procuradoria Geral da República, no que se mostrou sensível ao inconformismo

daqueles que representaram objetivando o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, não pode resultar no indeferimento da extensão pleiteada, a menos que se olvide o grande sistema em que se consubstancia a Carta vigente, com o afastamento dos princípios implícitos e explícitos nela contidos, da extravagância notada no serviço público quando, até mesmo diante de vencimentos achatados, busca-se a compensação via a chamada ‘renda familiar’.

§ Senhor Presidente, embora sem querer enveredar os caminhos do moralismo barato, pondero ser necessária uma reflexão mais profunda sobre o sentido ético que lastreia normas deste quilate.

#### **4 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19.**

A recentíssima Súmula Vinculante nº 13 (julgamento de agosto de 2008), oriunda dos precedentes estabelecidos na própria ADI nº 1521 - MC, na ADC 12 - MC e MS nº 23780, consolida, portanto, o entendimento contrário da Corte quanto ao nepotismo, já existente antes da publicação da Emenda Constitucional nº 19. O acréscimo do princípio da eficiência, no caso, não alterou significativamente o posicionamento do Supremo Tribunal. Pelo contrário – somente cristalizou a leitura ética do artigo específico.

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 12) proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil - AMB - para declarar a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário – e emprestar interpretação conforme a Constituição a fim de deduzir a função de chefia do substantivo “direção”, constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da aludida norma.

No mérito, entendeu-se que a Resolução n. 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo.

Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, “limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas” (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20-8-08, Informativo 516). Na ADC 12, os princípios constitucionais administrativos são discutidos em referência direta, eis que a questão de fundo assim o permite, e os Ministros do Supremo Tribunal Federal proferiram esclarecedores votos relativos a aplicação da inafastável postura ética do administrador público, dentre os quais se destaca o voto do Ministro Celso de Mello, pela precisão da construção semântica:

Vale referir, neste ponto, que a discussão das questões suscitadas nesta sede de fiscalização normativa abstrata permite, a esta Suprema Corte, elaborar – como é típico dos Tribunais Constitucionais – a construção de um significado mais amplo em torno do conceito de Constituição, considerando, para este efeito, não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados no documento formal que consubstancia o texto escrito da Carta Política, mas reconhecendo, por igualmente relevantes, em face da sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios éticos e o próprio espírito que informam e dão sentido e razão a Lei Fundamental do Estado. [...] § Põe-se em evidência, deste modo, o elemento conceitual que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. [...] § Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões políticas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer estabelecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras de significado e de conteúdo material inerentes à Carta Política.

Para o eminente Ministro, os princípios constitucionais da administração pública, erigidos à condição de valores pela Constituição Federal, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais, qualificando-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à própria idéia republicana, que não comporta a

prática de administrativa de confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em desvio de caráter ético-jurídico.

A par disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre considerou, em seus julgados, antes ou depois da Emenda nº 19, que os princípios gerais regentes da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF, são invocáveis de referência à administração pública (ADI nº 1.694-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 30.10.97).

A positivação do princípio da eficiência somente ampliou a possibilidade de provocação da Corte Constitucional, eis que sua existência já era admitida e considerada antes disso, como se vê das decisões proferidas na ADI nº 3.036, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 08.06.06 (“Princípio da moralidade. Ética da legalidade e da moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.”) e no MS nº 24.872, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.06.05 (“A Administração pública é norteadada por princípios conducentes à segurança jurídica – da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A variação de enfoques, seja qual for a justificativa, não se coaduna com os citados princípios, sob pena de grassar a insegurança.”).

## **5 CONCLUSÕES – A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO GARANTIA DE COERÊNCIA E SIGNIFICADO**

Eficácia, eficiência e efetividade são expressões que designam, em geral, a capacidade de produzir efeitos no mundo real, de se tornar verdadeiro, de alcançar validade, de existir, de se tornar permanente. Não há, no senso comum, distinção de fundo quanto ao sentido destas palavras. A língua é uma força biológica, que não se pode modificar com uma decisão política. O significado acolhido pela proposição legislativa da Emenda Constitucional nº 19, aproxima-se da acepção empregada pela administração gerencial, explicitada em sua Exposição de Motivos, ou seja, considerado a partir de critérios econômicos previamente estabelecidos, sua mensuração se daria conforme o resultado alcançado, admitida a premissa de ineficiência da administração pelo modelo burocrático e o ineditismo da “dimensão” proposta.

Maria Sílvia Zanella di Pietro, lembra o ensinamento de Jesus Leguina Villa: “a eficácia que a Constituição exige da administração não se deve confundir com a eficiência das organizações privadas nem

é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.”<sup>13</sup> Efetivamente, como alerta o Professor Menelick de Carvalho Netto, é preciso que o constitucionalismo seja visto como uma permanente tentativa de instalar e de efetivar de forma concreta a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível de sua organização de sua sociedade complexa, a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política assentada.<sup>14</sup>

Clóvis Bueno de Azevedo e Maria Rita Loureiro, professores da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas, entendem o significado de eficiência (e qualidade) administrativa como realização do interesse público em si mesmo, e que a administração burocrática é o modelo mais compatível com uma ordem política republicana e democrática, pois conteria todos os princípios fundamentais do Estado de Direito, indispensáveis ao ordenamento democrático dos aparatos administrativos, ressaltando que a discussão relativa à reforma do Estado no Brasil dos anos 90 (à semelhança do que teria ocorrido em outros países nos anos 70 e 80), baseia-se em uma profunda crise fiscal. A argumentação construída em torno da necessidade de maior eficiência estatal traduz a implementação de reformas políticas de cunho liberal, que privilegiam a redução de gastos e o corte de pessoal como solução. Discordam do modelo de administração gerencial, uma vez que entendem que os melhores resultados só podem ser determinados por meio de processos, o que equivaleria à clássica distinção entre o governo dos homens e o governo das leis. Exemplificam:

Admite-se obter confissão por meio de tortura? Pode-se contratar funcionário, por eficiente que seja, burlando a norma do concurso, ou qualquer outro nome que se queira dar ao procedimento de escolha, que garanta que a prevalência e comprovação dos princípios de mérito e competência? É aceitável demitir servidor sem justificar e motivar esse desligamento? [...] Por exemplo, qual é a melhor contratação a se fazer, seja de pessoas físicas, seja de pessoas jurídicas? Haveria forma mais correta ou legítima de responder tal questão do que, respectivamente, o concurso público e o processo

13 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.

14 CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. 2001, p.12-20.

licitatório? Como se pode verificar, não se sustenta a alegada distinção entre os modelos burocrático e gerencial, ao menos se compreendida como a substituição do controle dos processos pelo controle dos resultados.<sup>15</sup>

Por outro lado, segundo Paulo Modesto, eficiência e eficácia podem ser reputadas como

qualidades do agir administrativo, avaliadas obrigatoriamente no controle jurídico da atividade de todo órgão da administração direta e das entidades da administração indireta, em qualquer dos poderes [...], obrigações jurídicas, imposições constitucionais, exigências gerais vinculantes para o administrador público. Numa palavra, são princípios jurídicos de prossecução obrigatória, pois os princípios, na boa definição de Robert Alexy, são 'exigências de otimização', normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existente.<sup>16</sup>

Efetivamente, há a necessidade de, para obtenção de bons resultados, a adoção de bons processos (e a necessidade incontornável do controle de procedimentos no manejo da coisa pública). O resultado só é aceitável quando a ele se chega por intermédio de processos legítimos. Reconhecer este fato não implicaria negar que os procedimentos democráticos impeçam a eficiência. A positivação do princípio da eficiência não modifica esta circunstância, nem libera o agente da abordagem ética que, invariavelmente, deverá adotar na consecução de seus objetivos, independentemente de regramento específico. O comprometimento do agente, no caso, é com a intenção explicitada pelo procedimento e pelo empenho aplicado, mais do que, propriamente, com o resultado (e sua concepção gerencial), isoladamente considerado.

Sendo um princípio administrativo, sua aplicação se dá concomitantemente aos demais princípios administrativos. Isto equivaleria a dizer que não haverá eficiência possível, sem legalidade e moralidade. Aliás, perseguir a eficiência no resultado é mera consequência da postura moral do administrador. Do contrário, seria desperdício de tempo e recursos públicos - procrastinação. Mas, seria preciso considerar que a eficiência, como princípio administrativo (ao

---

15 AZEVEDO, Clóvis Bueno de; LOUREIRO, Maria Rita. Carreiras públicas em uma ordem democrática: entre os modelos burocrático e gerencial, *Revista do Serviço Público* n° 54, 2003, p. 47.

16 MODESTO, op. cit., p. 108.

contrário da aceção meramente gerencial de eficácia de resultado), somente poderá ser admitida como conduta diretiva, eis que a eficácia de um ato não poderá ser seguramente prevista, consideradas as premissas de legitimidade do procedimento e suas variáveis externas e alheias à vontade do agente.

Segundo Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado (direito positivo) auto-referente, que se auto-descreve e, portanto, consegue teoricamente manter uma postura construtivista, sem pretender descrever a realidade do mundo com outros mecanismos fora de seu sistema (autopoiesis).<sup>17</sup>

As decisões do Supremo Tribunal Federal aqui compiladas, demonstram, indubitavelmente, que a interpretação jurisprudencial baseada nos princípios fundamentais que traduzam as diretrizes norteadoras da administração pública, perenes em sua validade moral e ética, mesmo que não positivados, mantém o real sentido das expressões, mantendo-as imunes e impermeáveis a quaisquer influências e conotações políticas que deles se afaste, assegurando seu conteúdo normativo e sinalagmático, transmudando-se em proteção de sua real e coerente significação dentro do sistema ao qual pertence – um verdadeiro seguro contra políticas equivocadas, extravagâncias retóricas e imprecisões de linguagem.

Mais do que isso: *a jurisprudência elencada manifesta a desnecessidade de modificação do texto constitucional para garantia de efetividade de seus ditames*. O princípio administrativo da eficiência, antes de sua inclusão “incidental” no texto constitucional (demonstrada a intenção legislativa diversa), já possuía significado e aplicação suficiente, a partir da leitura dos princípios administrativos já positivados, não tendo sido sua positivação imprescindível para sua aplicação. Ao contrário – foi sua interpretação jurisprudencial que manteve o significado do princípio coerente com o ordenamento jurídico, tornando-o imune a conotações políticas de ocasião.

Voltando a Ferrara, o juiz é, de fato, o intermediário entre a norma e a vida, traduzindo o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes – *a viva vox iuris*. O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas, e a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma, e as circunstâncias que fizeram nascer uma lei não exercita nenhuma influência sobre o seu

---

17 LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 28, 1994. p. 15-29

valor jurídico, considerado em um sistema de preceitos coordenados, condicionando-se e restringindo-se mutuamente:

o preceito singular não só adquire individualidade mais nítida, como pode assumir um valor e uma importância inesperada, caso fosse considerado separadamente, ao passo que em correlação e em função de outras normas pode encontrar-se restringido, ampliado e desenvolvido e, mesmo que uma lei encontre, em sua elaboração uma falsa justificação ou um desvirtuamento de seu espírito, o intérprete não está vinculado às limitações dela decorrentes, apreciando a norma no seu valor objetivo e em conexão com o sistema do direito. Embora o direito possa não apresentar disposição específica para certa matéria, há nele capacidade e força latente para a elaborar, eis que latente e viva no sistema. A interpretação extensiva não faz mais do que reconstruir a vontade legislativa já existente, para uma relação que só por inexacta formulação dessa vontade parece excluí-la, revelando o sentido do que o legislador queria e pensava – ou pelo menos deveria pensar. O juiz, acaba por desenvolver normas latentes, que já se encontram no sistema, pois o direito não é só a norma expressa, mas também é o conteúdo virtual das disposições não expressas. A interpretação da lei é, de fato, essencialmente teleológica; mira ao resultado prático; quer realizar um ordenamento e uma proteção. Pór isso se explica a eficácia prática da jurisprudência, que plasmou e plasma continuamente o material jurídico e portanto, longe de situar-se no ambiente vazio da dialética, age num ambiente cheio de realidade. O princípio que se alcança ao é uma invenção do direito que existe já em estado latente no sistema positivo.<sup>18</sup>

Tanto Kelsen, quanto Hart, entendiam o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja interpretação independeria da moral e da política, abstraindo-se qualquer princípio supra-positivo.<sup>19</sup> A solução proposta por eles é decisionista, pressupondo-se que as lacunas, porventura existentes, seriam preenchidas pela discricionariedade do juiz, como um sistema auto-suficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação as suas situações de aplicação, desconsiderando a dimensão essencial da estrutura principiológica,

---

18 FERRARA, op. cit., p. 178.

19 HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 250.

hermeneuticamente passível à construção intersubjetiva de significados universais.

Já Dworkin e Habermas, entendem a relação entre procedimento e substância como algo marcado pela complementariedade.<sup>20</sup> A valoração a ser dada é quanto à postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta, baseada em princípios jurídicos em sua integridade, não se tratando, portanto, de uma garantia metodológica, mas garantia de coerência.<sup>21</sup> Aliás, a proposição de Dworkin é, justamente, a diferenciação interna de direito e política, reforçando a distinção entre formas específicas de discursos, para garantia da primazia dos argumentos de princípio, que remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática das políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos.<sup>22</sup> Através do Legislativo, são incorporados os argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, que são incorporados no discurso judicial de forma seletiva e sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico.

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral.<sup>23</sup>

Guilherme Scotti, comentando com grande competência a teoria positivista (em contraposição à doutrina de Dworkin), esclarece:

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda a estrutura

20 DWORKIN, Ronald. *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge: Mass., Belknap Press. 1995. n. 4.

21 GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa(17-18): 1995. p. 271-302.

22 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Mass., Harvard University Press. 1977. p. 82ss.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 1997, Tempo Brasileiro. p. 256.

política das sociedades modernas: *argumentos de política e argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de *objetivos e bens coletivos* considerados relevantes para o bem estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contramajoritária*<sup>13</sup>. § Nos casos em que é inequívoca a atribuição de um direito a um requerente por meio de uma regra – ou melhor, em que não se sustentam argumentos em contrário em face dos dispositivos normativos – fica claro que o se exige é a prevalência de um argumento de princípio, mesmo que o direito em questão, previsto na norma, tenha se originado de argumentos de política, como um subsídio fiscal criado para promover o crescimento de um setor específico da economia. § Se os juízes atuam como legisladores delegados, como na concepção positivista, então toda a gama de argumentos de política está à sua disposição. Um caso pode ser decidido, na ausência de uma regra, de forma a promover, por exemplo, a maximização de objetivos econômicos considerados superiores, sem que isso reflita necessariamente princípios jurídicos enquanto comandos normativos deontológicos. Se, por outro lado, a tarefa jurisdicional se distingue em essência da atividade legislativa, atuando como um fórum de princípio, nos *hard cases*, as decisões devem se basear em argumentos de princípio. Dworkin rejeita a legitimação do direito baseada na simples legalidade em termos de gênese procedimental do Direito, como em Kelsen ou Hart. A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e objetivos políticos na linguagem jurídica, internalizando e ressignificando assim seus conteúdos no direito positivo.<sup>24</sup>

Acrescenta Scotti que Dworkin ressalta a exigência da busca da única decisão correta autorizada pelo ordenamento, para cada caso, não como mandamento inscrito prioristicamente nas normas gerais e abstratas, mas como postura a ser assumida pelo aplicador, frente as questão não reguladas, no sentido vivencial dos princípios jurídicos, existentes naquela determinada comunidade de princípios, reafirmando, institucionalmente, pelos órgãos oficiais, o seu sentido e o aprendizado histórico-interpretativo e buscando construir uma

<sup>24</sup> RODRIGUES, Guilherme Scotti, A Afirmação da Justiça como a Tese da Única Decisão Correta: o Enfrentamento da Questão do Caráter Estruturalmente Indeterminado do Direito Moderno, Dissertação de Mestrado, Orientação do Professor Menelick de Carvalho Netto, UnB, 2008, p. 19.

interpretação constitucional coerente, principiológica e persuasiva da estrutura da Constituição como um todo íntegro e indissociado, sendo a precedência incondicional de *argumentos de princípio* sobre *argumentos de política*, condição para a manutenção do sistema dos direitos e do próprio código jurídico deontológico, ou seja, seria preciso entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não seria *extra-jurídica*, na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento.<sup>25</sup>

Ministro Eros Roberto Grau, em seu muito citado livro sobre a ordem econômica constitucional<sup>26</sup>, lembra Geraldo Ataliba, que afirma que os princípios “se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema”. Mencionando, também, as idéias de Ronald Dworkin, esclarece que este jurista diferencia o que chama de “diretrizes”, dos “princípios”, sendo que as primeiras se constituiriam em pautas (*standarts*) que estabelecem objetivos a serem alcançados (geralmente econômicos, políticos ou sociais), não comportando exceções e sendo aplicáveis apenas de modo completo; os segundos, possuindo uma dimensão de importância estrutural, e não admitindo a limitação de hipóteses aplicáveis, em pautas que devem ser observadas,

não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade, ou de uma outra dimensão da moral.[...] Daí porque – prossegue Dworkin – palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’, ‘importante’ (termos indeterminados por imprecisão – v. meu *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, cit. pp. 61 e ss) fazem com que a regra na qual inseridas dependa, na sua aplicação, do quanto repouse, sob elas, de princípios ou diretrizes; a regra se assemelha, então, a um princípio. Mas ela não se transforma, em razão disso, em princípio, visto que a mais

<sup>25</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 75.

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 178.

sutil limitação desses termos restringe a classe de outros princípios e diretrizes sobre os quais se apóia a regra.<sup>27</sup>

Ministro Eros Grau entende que resulta inútil qualquer tentativa de apartar os *princípios positivos de direito* dos *princípios gerais do direito* (não expressamente enunciados no texto normativo), a partir da consideração das estruturas proposicionais de ambos, eis que há exemplos de princípios positivos no direito, cujos enunciados são normativamente menos ou apenas tão densos quanto os enunciados de princípios gerais do direito. Exemplifica, com o princípio da motivação do ato administrativo:

[...] descoberto na Constituição de 1988, normativamente tão denso quanto os da impessoalidade e da publicidade dos atos da Administração, inscritos no seu art. 37, *caput*, e mais denso do que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos seus arts. 1º, III e 170, *caput*.§ Daí a verificação de que também os princípios gerais do direito – e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado direito – constituem estruturalmente, normas jurídicas. Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é gênero que alberga, como *espécies*, regras e princípios jurídicos – entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais de direito.  
[...]

Encerra sua exposição, no tópico sobre o assunto, de forma simples e escalrecedora:

Penso restar demonstrado, nestas condições, que os princípios jurídicos, todos eles, consubstanciam espécies do gênero norma jurídica. A circunstância de carecerem de concretização através de edição de uma regra jurídica, regra que há de ser editada, em última instância, pelo juiz, em sentença, na criação de norma individual, do gênero não os exclui. Beneficiados por objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular – as expressões são do Canotilho – o seu caráter normativo e sua inserção no direito positivo resultam inquestionáveis.[...] Os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento.

---

27 GRAU, op. cit., p. 94.

E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam em estado de latência. [...] Trata-se, pelo contrário – e neste passo desejo referir explicitamente os princípios *descobertos* no seio de uma Constituição – não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos”.<sup>28</sup> [...] Paralelamente a isso, convém considerarmos que a aplicação do direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de uma regra ou de um princípio: o que se aplica é o *direito* e não normas jurídicas, isoladamente. Insisto em que ainda quando o Poder Judiciário – a fim de que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível – deva produzir certa norma, caso por caso, o que produz, em cada decisão que tomar, é *direito* e não norma isolada.<sup>29</sup>

O Professor Marcelo Cattoni de Oliveira, evocando Habermas e o conceito de *patriotismo constitucional*, argumenta que há um grande equívoco hermenêutico no entendimento de que os textos jurídicos são capazes de, *per se*, transformaram a realidade, imaginando-se que a promulgação de uma nova emenda, resolveria o problema de efetividade do texto constitucional.

É preciso denunciar: maiorias políticas, no governo ou fora dele, maiorias essas que são sempre conjunturais, têm insistido em novas emendas constitucionais, até mesmo em revisões *facilitadas*, na expectativa excessiva de que desse modo seriam resolvidos todos os problemas sociais, econômicos, políticos, para não dizer dos problemas de efetividade do Direito ou mesmo ‘morais’. [...] cabe considerar, antes de tudo, que as normas constitucionais que regulam o processo legislativo de reforma constitucional possuem, como toda norma jurídica, uma dupla dimensão de validade: elas se endereçam aos seus destinatários, tanto como limites coercitivos para aqueles que atuam de forma estratégica ou, ao menos, visando tão-somente à satisfação dos seus próprios interesses, quanto como uma garantia do exercício de liberdades comunicativas àqueles que agem por respeito às normas democraticamente estabelecidas. As normas constitucionais, portanto, que regem o processo legislativo

<sup>28</sup> GRAU, op. cit., p. 116.

<sup>29</sup> GRAU, op. cit., p. 118.

de reforma constitucional não estão à disposição de maiorias políticas que pretendem subvertê-las; elas são, ao mesmo tempo, limites às deliberações majoritárias, verdadeiras garantias constitucionais aos direitos fundamentais das minorias, bem como condição *sine qua non* para a formação legítima, no processo democrático, de maiorias e de minorias políticas sempre mutáveis.<sup>30</sup>

E como assevera Robert Dworkin, desta feita citado pelo Professor Menelick de Carvalho: “a interpretação vinculada à prática é regida pelo sentido de propósito ou finalidade que se atribui a essa prática, ou que a interpretação vinculada à prática é sensível ao sentido da finalidade a essa prática atribuído, ao *telas* dessa prática”.<sup>31</sup> Este entendimento estabelece, efetivamente, um novo paradigma de expectativa do senso comum, no que diz respeito ao Direito como ordenamento, como esfera de implementação normativa a reger a vida pública.

Segundo Dworkin, a maioria dos atos legítimos de qualquer governo envolve a negociação de interesses de diferentes pessoas e tais atos beneficiam alguns cidadãos e desfavorecem outros para que se incremente o bem-estar da comunidade como um todo. Mas, esclarece: certos interesses de pessoas em particular são tão importantes que seria moralmente errado que a comunidade os sacrificasse apenas para assegurar um benefício generalizado.<sup>32</sup>

Aliás, explicando a Teoria da Interpretação Jurídica em uma palestra para juristas japoneses, em Tóquio<sup>33</sup>, Dworkin faz uma criativa analogia da interpretação jurisprudencial com a produção literária, comparando uma nova decisão jurisprudencial a um novo capítulo, escrito por um novo autor, de uma mesma obra de ficção. A cada novo capítulo (ou decisão judicial), uma nova interpretação, redigida da melhor maneira possível, seria acrescentada à obra.

Permanecendo-se na mesma linha de analogia proposta pelo inspirado jurista, a positivação do *princípio da eficiência* (ou de qualquer

30 OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de, Patriotismo Cultural contra Fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, BA, nº 01, março/abril/maio de 2007.

31 CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

32 DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press. p. 31.

33 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/ESCOLA>>. Acesso em 15 de setembro de 2008.

outro princípio baseado em valores éticos que possam orientar a interpretação de um sistema jurídico) no texto constitucional, equivaleria, alegoricamente, a uma antiga e honrada tradição oral que, embora sempre presente e lembrada é, finalmente, compilada e impressa, confirmando e intensificando, assim, sua força, validade e legitimidade.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Clóvis Bueno de; LOUREIRO, Maria Rita. Carreiras públicas em uma ordem democrática: entre os modelos burocrático e gerencial, *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 54, 2003 .

BACON, Francis. “Do Judiciário”, em *Ensaios de Francis Bacon*, Petrópolis: Vozes, 2007.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. In *Revista do Serviço Público*, nº 47 (1), Brasília: janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996).

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário, in *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: RT, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Direito não enumerados: se e como o precedente Roe v. Wade deve ser revisto*. Disponível em: <<http://www.nybr.com>>. Acesso em: 10 set. 2008.

- DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., n. 4.
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 82ss.
- DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra: Armênio Amado, 1963.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GÜNTHER, Klaus (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa(17-18): 271-302.
- HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Dacla Nicola e Samantha Dobrowolski. *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 28, 1994.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 02, 2000.
- OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Patriotismo Cultural contra Fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, BA, n. 01, mar./maio 2007.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A Afirmação da Justiça como a Tese da Única Decisão Correta: o Enfrentamento da Questão do Caráter Estruturalmente Indeterminado do Direito Moderno*, Dissertação de Mestrado, Orientação do Professor Menelick de Carvalho Netto, Brasília: UnB, 2008.
- SILVA, Waldeck Miquilino. Considerações sobre o controle externo das sociedades de economia mista e seus fins econômicos, in *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, Org. José Geraldo de Souza Júnior, Brasília, Tribunal de Contas da União, Brasília: UnB, 2006.