



Geneyse da Costa Franca e Lagos Soares

Eficiência no Direito Administrativo

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Administrativo,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Professora Doutora Marta de Sousa Nunes Vicente

Setembro 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Geneleyse da Costa Franca e Lagos Soares

Eficiência no Direito Administrativo

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas -
Menção em Direito Administrativo

Orientadora: Professora Doutora Marta de Sousa Nunes Vicente

Setembro, 2075

Agradecimentos

Aos meus amados pais pelo enorme esforço e investimento realizados;

Aos meus queridos irmãos, tesouros vivos;

Às mulheres maravilhosas da minha história;

À Fundação Calouste Gulbenkian, pelo reconhecimento e a oportunidade;

À minha orientadora, pela atenção nesse trabalho e inspiração ao longo dos anos;

À Cíntia Patrícia, pela bondade e concretização do sentido da verdadeira amizade;

Ao Waldmar Pereira pelo amor infinito e dedicação em todos os tempos:

essas palavras sempre serão insuficientes;

Ao meu Deus, pela Vida e Esperança.

Resumo

A ciência administrativo-jurídica enfrenta novos desafios na atualidade, que se prendem com a diluição dos limites de soberania, dado à ordem internacional que Portugal integra e a aproximação ao direito de outros Estados. Nesse sentido, revela-se insuficiente a compreensão de problemáticas no domínio da gestão de recursos público numa perspetiva tradicional, bem como alguns postulados em que a mesma assentava.

Como tal, os Estados vêm-se na necessidade constante de verificar a adequabilidade da sua estrutura jurídico-normativa aos inúmeros desafios que enfrentam. Considerando a exigência dos Estados de direito democrático (com enfoque na sua dimensão de sociabilidade) garantirem primeiramente o bem-estar dos indivíduos, os múltiplos interesses de racionalidade económica, sustentabilidade, e eficiência, devem fazer parte do leque de propostas a ter-se solenemente em conta. E com isso, insistimos na necessidade de um ajustamento do sistema de controlo às necessidades administrativas reais.

É nesse contexto que aludimos a um aprofundamento do sentido e alcance do princípio de eficiência, como um verdadeiro critério jurídico, apto para atuar, efetivamente, de forma autónoma, em áreas específicas, em detrimento da sua mobilização à margem de outros princípios estruturantes.

PALAVRAS-CHAVE: eficiência, accountability, nova gestão pública.

Abstract

The legal-administrative science faces new challenges today, which are related to the dilution of the limits of sovereignty, given the international order that Portugal integrates and the approximation to the law of other States. In this sense, there is insufficient understanding of issues in the field of public resource management from a traditional perspective, as well as some postulates on which it was based. As such, States find themselves in the constant need to check the suitability of their legal and normative framework for the many challenges they face. Considering the requirement of democratic rule of law (with a focus on its social dimension) to guarantee the welfare of individuals first, the multiple interests of economic rationality, sustainability and efficiency should be part of the range of proposals to be solemnly account. And with that, we insist on the need for an adjustment of the control system to real administrative needs. It is in this context that we alluded to a deepening of the meaning and scope of the principle of efficiency, as a true legal criterion, able to act, in an autonomous way, in specific areas, to the detriment of its mobilization in the margin of other structuring principles.

KEYWORDS: efficiency, accountability, new public management

«Tenho pensamentos que, pudesse eu trazê-los à luz e dar-lhes vida, emprestariam nova leveza às estrelas, nova beleza ao mundo, e maior amor ao coração dos homens».

Fernando Pessoa

Índice	
Resumo	3
Abstract	4
Introdução	7
I. Aproximação ao objeto de estudo	8
1. Diálogo entre a Economia e o Direito	8
2. Conceito de eficiência	13
3. Distinção de figuras afins	14
a. Conceito de eficácia	15
b. Princípio da proporcionalidade	15
c. Princípio de boa administração	20
i. O problema do direito à boa administração no direito da União Europeia: o artigo 41º da Carta Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)	25
4. Um Direito tradicional com novos horizontes	27
5. O nosso entendimento	28
II. Enquadramento jurídico no ordenamento jurídico português	30
1.1. Considerações históricas sobre o problema da eficiência	31
1.2. Eficiência: um princípio geral de Direito Público?	32
1.3. Eficiência no plano organizatório	35
1.4. O Problema da eficiência enquanto parâmetro de controlo	35
2. Mecanismos de controlo	39
2.1. Controlo financeiro	40
2.1. A atuação do Tribunal de Contas	44
3. Desafios do novo direito administrativo	47
4. Sobre o New Public Management	48
5. Mecanismos de responsabilidade (accountability)	49
6. O Problema da responsabilidade	53
Conclusão	55

Introdução

O princípio da eficiência é afeto a vários ramos especiais de direito, como o direito da energia, as ciências jurídico-empresariais e económicas. Este assume igualmente um papel (consensual na Doutrina) de relevo nas dimensões dos procedimentos e dos processos administrativos, no âmbito da garantia dos direitos fundamentais dos particulares, e nas questões atinentes à realização do «interesse público pela via contratual ou através da colaboração com os particulares»¹.

Num primeiro momento, teremos em conta a sua distinção, face a outros princípios fundamentais, e o sentido e alcance desse princípio na esfera geral do direito público, procurando ensaiar o seu contributo na resposta aos desafios da administração pública.

Sem a pretensão de tecer uma abordagem profundamente jurídico-filosófica, almejamos contribuir para uma discussão que permita superar a visão agrilhoadada da Administração tradicional, face a esse princípio que tem sido tratado à sombra de outros princípios tradicionais que se lhe assemelham.

Desde logo, não cremos trazer mais «luz» para além daquela que a (pouca) dogmática jurídica, a nível nacional, (tal qual «vozes no deserto») já apresenta, senão como dissemos, reunir e problematizar o acervo de reflexões relevantes para — atentos a intencionalidade axiológica normativa do Direito administrativo, e a sua dinâmica — justificar a necessidade de se adotar a eficiência no leque dos parâmetros de controlo, não propondo soluções que contrariam a feição ou «*identidade cultural*» do sistema jurídico pré-existente, sem descurar, portanto os avanços que se verificam além-fronteiras.

¹ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa, 2015, p.175-180.

I. Aproximação ao objeto de estudo

1. Diálogo entre a Economia e o Direito

Considerando a utilidade da adoção pelo Direito, de conceitos originários de outras ciências (designadamente, económicas), verificou-se no período pós moderno, uma proliferação de propostas que visavam, na sua maioria, dirimir conflitos entre essas diferentes racionalidades, contrariando assim a visão de autonomia da disciplina jurídica (em termos metodológicos, e epistemológicos) que predominava na época.

A Análise Económica do Direito (AED) ou *Law and Economics* é um movimento heterogéneo recente, cujo início remonta para o período compreendido entre 1958 e 1973, na Escola de Chicago. Nessa fase, foram fundamentais os trabalhos de Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, n.3 (1960) onde é analisada a problemática do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades económicas, defendendo a atividade mínima do Estado, e a inconsistência da economia de bem-estar; e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, *Yale Law Journal*, vol.68 (1961), que examina, na perspetiva da teoria económica, a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos².

Entretanto, foi dado particular reconhecimento às propostas de Richard POSNER, a quem se deveu a consolidação do movimento,³ que segundo VELJANOVSKI, traduz-se na «aplicação da teoria económica e dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas»⁴. Uma noção bastante pragmática e

² Seguimos de perto, BUGALLO ALVAREZ, Alejandro, «Análise económica do direito: contribuições e desmistificações», in *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 9. n.º 29. jul/dez 2006. p. 52.

Não é totalmente recente a buscar nas ciências económicas de conceitos que densifiquem a própria ideia do direito. Nomes como Adam Smith, Maquiavel, David Hume, Beccaria, Bentham, entre outros, são exemplos de alguns dos principais teóricos no âmbito da análise económica, entretanto caracterizados pela ausência de abordagem sistemática do direito, com recurso a teorias e métodos económicos rigorosos. - Cfr. MACKAAY, Ejan “History of Law and Economics”, in *Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest* (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I. *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, pp. 67-68. Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandconomics/0200-history-of-law-and-economics.pdf>>. Consultado a 5/9/17.

³ V. BUGALLO ALVAREZ, Alejandro, *op. cit.*, 52.

⁴ V. VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

Em oposição a esse movimento, encontramos a *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito, sob a perspetiva política, que apresenta soluções provenientes da filosofia política e social com influência de autores marxistas; e ainda outras teorias como a “rights-based”, cuja abordagem compreende todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no domínio da filosofia moral e política por autores como Rawls, Nozick e Dworkin, tendo por objetivo traçar os referenciais que edifiquem uma sociedade justa. — cfr. ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 50.

talvez redutora, dado que não assume, *prima facie*, a complexidade da proposta desse movimento.⁵ Noutros termos, a *Law and Economics* consiste numa abordagem que perspetiva ferramentas que sirvam de complemento à análise jurídico-formal e exegética do ordenamento jurídico, através da aplicação de princípios e técnicas da ciência económica⁶.

Richard Posner, na sua célebre obra *Economic Analysis of Law* (1973), elaborou um estudo sistemático da maioria dos setores do sistema jurídico americano, do ponto de vista da análise económica. O mesmo integra também as principais teses da tendência

⁵ FACCHINI, François. Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation. *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, número spécial sur l'économie du judiciaire, pp. 207-221 apud SANTOS, Paulo Márcio Reis, *Direito Económico Processual, uma abordagem pela Análise Económica do Direito*, Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2013. p. 103.

⁶ Cfr. NEVES, António Castanheira, *O Direito hoje e com Que Sentido?*, Piaget: Lisboa, 2002, pp. 30-31 e 45-46 e COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra, 2012. p. 334. Tese de doutoramento. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/21154>.

Os argumentos invocados na recusa da conciliação entre a disciplina do Direito e a Economia pressupõem essencialmente as principais diferenças entre esses domínios, as quais, aparentemente indiciam duas naturezas inconciliáveis. Enquanto o objeto de estudo da economia é a eficiência na afetação dos recursos escassos para a satisfação de necessidades coletivas, o Direito persegue a ideia da justiça. Ora, além da complexidade prática na definição desses conceitos, os mesmos podem se opor. — cfr. COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *op. cit.*, p. 343 ss.

Por sua vez, encontramos diferenças relativamente ao método. A análise jurídico-formal compreende a tarefa interpretativa do sistema jurídico como uma dimensão unitária, tendo em consideração o elemento gramatical e os chamados «elementos lógicos de interpretação» (histórico, sistemático, e teleológico). No que toca às condições do desenvolvimento do processo normativo, é fundamental o uso do método indutivo, mediante o qual se desenvolve um raciocínio que parte da análise de fatos particulares, até atingir uma conclusão de carácter geral, sendo possível explicar, assim, a variável constante nos fatos observados e em outros da mesma natureza. A observação, tentativa de explicação, experimentação, comparação, abstração e generalização, são as suas várias fases que apoiam na observação dos fatos sociais. — cfr. NETO, António Da Rocha Lourenço. *Direito e Humanismo: Visão filosófica, literária e histórica*. Clube de Autores: Rio de Janeiro, 2013, p. 84.

Em oposição, o método hipotético-dedutivo e o *empirismo* (típicos do paradigma neoclássico) predominam na área económica. O mesmo parte do pressuposto de que as condições (hipóteses) definidas inicialmente definem as consequências, constituindo assim um «determinismo metodológico», passível de remeter para uma segurança contestável. — cfr. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, «Os dois métodos e o núcleo duro da teoria económica», *Revista de Economia Política*, vol. 29, nº 2 (114), p. 179, abril-junho/2009. Disponível em <<http://www.uv.es/vjaime/Analisis%20derecho/Temas%20finales/tema1final.pdf>>. Acesso a 12/9/17.

Porém, nesse aspeto, não podemos deixar de notar que o *pluralismo metodológico assumido* na prática jurídica contemporânea, ao mesmo tempo que logrou o reconhecimento pela aplicação do método mais adequado em cada setor científico, superou os conflitos exclusivistas entre os métodos — cfr. REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72.

E por fim, assinala-se ainda, o próprio desenvolvimento da história da Economia, e os vários fatores que concorreram para que o estudo de ambas as ciências se desse em polos distintos.

Sobre o método prevalecente na economia, v. - BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, *op. cit.*, p. 166ss e ANDRADE, João Sousa, *Algumas Observações sobre a Metodologia da Economia*, 1997. Disponível em: <<http://www4.fe.uc.pt/jasa/metodo.pdf>>. Consultado a 12/9/17.

predominantes na Escola de Chicago, bem como a análise positiva do sistema jurídico norte-americano à luz do critério da eficiência e o paradigma da maximização dos lucros⁷.

Não nos demoraremos a tratar os fundamentos desse movimento. Cumpre-nos apenas, algumas observações relevantes, atendendo a sua relevância para o desenvolvimento do princípio da eficiência.⁸

O pano de fundo das construções da Análise Económica do Direito é o paradigma do *homo aeconomicus*⁹, a eficiência económica como critério orientador prevalente em toda e qualquer decisão, e nessa medida, a afirmação do sistema de mercado como modelo ótimo.¹⁰

De acordo com os estudos de Posner, a grande novidade da análise económica do direito, prende-se com a aplicação da análise económica às normas reguladoras dos comportamentos, quer no âmbito dos mercados, quer fora dele.¹¹ Na linha desse entendimento, o direito influencia os comportamentos dos indivíduos, quer pela via dos preços associados a certas ações (e.g. as obrigações decorrentes de conduzir-se de uma determinada forma), quer mediante a fixação do direito pelas sanções aplicadas, o que gera influências na alocação eficiente dos recursos. Dessa forma, os indivíduos são guiados por

⁷ V. ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 52-53.

Importa mencionar que a Análise Económica do Direito compreende dimensões positivas (ou descritivas) e normativas—«between explaining the world as it is and trying to change it to make better[...]». Assim, enquanto na primeira, trata-se a previsão de condutas realizadas nas condições determinadas pelas normas jurídicas, podendo-se determinar a eficiência dessas, a segunda modalidade prende-se o «dever ser», o processo de estudo e argumentação sobre as modificações necessárias na ordem jurídica, com vista a produzir-se determinadas situações pretendidas — cfr. PACHECO, Pedro Mercado, *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-58, 1994. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, Fondo de Cultura Económica, 2015 (nota 139).

⁸ Assim também, EIDENMÜLLER, Horst *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005 apud SILVA, Suzana Tavares da, “O princípio (fundamental) da eficiência”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º7, Porto, 2010 disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B1fVyhqDCKzMjRIMTQxNzMtMmY4ZS00OTg4LTg0NTMtNjIwNGY4YTc1ZjAz/view?ddrp=1&hl=en>.

⁹ V. CASAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. Doxa, n.º 4, 1987, pág. 269.

¹⁰ ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 61.

¹¹ Essa questão da presença de um mecanismo análogos de cálculo tanto nos «mercados explícitos» como nos «mercados implícitos» foi tratada inicialmente por Beccaria, na sequência da análise de delitos e penas em função dos danos e benefícios que gera na sociedade. No entanto, POSNER distingue dois ramos que se encontram diretamente subjacentes ao movimento em estudo: o primeiro originário de Adam Smith, que tem por objeto as leis que regulam os mercados explícitos, desenvolvido com o amadurecimento da economia como ciência e a expansão da regulação governamental do mercado; o segundo proveniente de Bentham que foi pioneiro na formulação do pensamento segundo o qual os indivíduos agiam como maximizadores racionais de seu próprio interesse, o qual afirmava que «o modelo económico, que para alguns é o desenvolvimento das implicações de assumir que as pessoas são maximizadoras racionais, era aplicável a todo tipo de atividade humana, ao invés de confinar-se a mercados explícitos». — seguimos de perto, POSNER, Richard. «Usos y Abusos de la Análise Económica». In: ROEMER, Andrés (org.) *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 66/67 apud ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 56; SALAMA, Bruno Meyerhof, *op. cit.*, 442.

um princípio racional de maximização da riqueza, medida em termos monetários, sendo o mesmo provido da capacidade de ordenar as suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem.

Estamos, assim, perante uma conceção instrumental do Direito, o qual é traduzida num sistema de incentivos de carácter económico, apto para conduzir os indivíduos no sentido da realização de um determinado objetivo pretendido: a eficiência económica.

As inúmeras contestações feitas a esse movimento extrapolariam os limites desse estudo, pelo que destacaremos aqui apenas aquelas que permitem fazer uma ponte com o tema em estudo.

Desde logo, KÜNG, contesta a redução da complexidade das dimensões da sociedade às regras de racionalidade económica. Assim, contraria o conceito do *homo aeconomicus* (e o seu individualismo pragmático), sublinhando que atendendo que, a várias dimensões que compõem a todas as manifestações de troca entre os indivíduos, não podem obedecer de forma nenhuma, a finalidades económicas e de maximização. O mesmo não afasta a importância da racionalidade económica na direção da política, mas entende que antes de tudo, a economia de mercado deverá estar ao serviço do homem.¹²

Quanto ao pressuposto da eficiência, BUCHANAN critica a instrumentalização da lei com o objetivo de maximizar a riqueza. Relativamente ao seu argumento de que os juízes serão aptos para assumir a maximização da riqueza, como um standard ético, que o permita determinar quando está diante de uma decisão justa, o autor entende que a tomada de decisões de carácter económico (no caso, uma função redistributiva) não deve ser relegada aos juízes, dado que a sua natureza técnica impõe a aquisição de conhecimentos específicos.¹³

Por outro lado, ainda no âmbito da eficiência, CASAMIGLIA veio criticar a ideia de atribuição de moralidade ao mercado, na medida em que seja eficiente. Ou como afirma POSNER, nesse mesmo sentido: «a eficiência é um adequado conceito de justiça».

Ora, não obstante esse autor reconheça o valor fundamental da eficiência no sistema económico, o mesmo assevera a existência de uma «relação inversa» entre esses dois

¹² KÜNG, Hans. Una ética mundial para la economía y la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 279 apud Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, pág 58-60.

¹³ Relembre-se que de acordo com POSNER, é «razoável» que os juízes estabeleçam regras que maximizem a dimensão do «bolo económico», cabendo a gestão desse, ao poder legislativo e executivo. - Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 50 e 62; SALAMA, Bruno Meyerhof, *op. cit.*, 474.

conceitos¹⁴. Trata-se de uma relação complexa, passível de ser analisada sob as suas inúmeras dimensões, e que permite afirmar o seguinte: i) «uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente»; ii) uma sociedade que desperdiça os seus recursos é uma sociedade de gestão deficiente, que com bastante dificuldade poderá ser qualificada de justa; iii) a eficiência é uma componente de um sistema justo; iv) na medida em que eficiência constitui um critério de maximização da riqueza social, impõe-se a intervenção do Estado ou outras entidades externas ao mercado; concluindo-se que, v) há utilidade na análise do fenómeno jurídico do ponto de vista da eficiência, logrando que a construção de uma política jurídica que alcance os seus objetivos»¹⁵.

Por sua vez, DWORKIN, no seu célebre artigo *Is Wealth a Value?* («A Riqueza é um valor?»),¹⁶ contesta a posição de POSNER quer em defesa da eficiência como um valor em si, quer o utilitarismo. Entende que tornando a eficiência um critério de aferição da justiça, empreende na verdade aproximação à ideia de compensação hipotética, que já mencionamos, de Kaldor-Hicks, e não o ótimo de Pareto.

Com isto, diante das inúmeras críticas recebidas ao longo da década de 1980, por parte de juristas, filósofos e economistas, POSNER foi obrigado iniciar um processo de revisão das suas perspectivas, razão pela qual, em 1985 publicou o artigo *Wealth Maximization Revisited* («Maximização da Riqueza Revisitada»)¹⁷. No entanto, foi apenas em 1990, com a sua obra «*Problemas de Filosofia do Direito*», que esse autor abandonou completamente a tese de maximização de riqueza como instrumento orientador da dogmática jurídica. Desta forma, passou a colocar a maximização de riqueza em pé de igualdade com outros valores

¹⁴ VAZQUEZ, Rodolfo. «Comentarios sobre Algunos Supuestos Filosóficos del Análisis Económico del Derecho». in ROEMER, Andrés (org.). *Derecho y Economía: una revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p., p. 207 apud ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 62. Assim também VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo» *Revista de Administración Pública, Madrid, septiembre-diciembre (2011)*, pág. 97.
«Decir que el resultado del mercado es eficiente no significa que dicho resultado sea necesariamente deseable. (...) ¿Cuándo puede un resultado eficiente no ser deseable? Cuando no sea justo»

¹⁵ CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. *Doxa*, nº 4, 1987, 271; 285. Assim também, VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *op. cit.*, pág. 106.

¹⁶ DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 191-226. Disponível em: <https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>. Consultado a 10/9/17.

¹⁷ POSNER, Richard A. «Wealth Maximization Revisited», 2 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 85 (1985-1987).

gerais, (*máxime*, liberalismo e pragmatismo¹⁸), que são compreendidos pelo autor como sendo premissas intuitivas da ideia de justiça na sociedade norte-americana.¹⁹

2. Conceito de eficiência

A doutrina apresenta a eficiência como um conceito multifacetado, («superconceito»²⁰) que reúne em si várias dimensões relevantes para o direito. Vários autores levam a cabo a concetualização da eficiência adotando, cada um, posições com destaque às suas diversas dimensões, o que potencia uma certa imprecisão e falta de consenso, presente inclusive na área económica, de onde o conceito da eficiência é originário.²¹

Sem descurar atenção a sua apropriação por outras ciências²², importa por agora considerarmos a sua estreia no contexto jurídico português.

Desde logo, João LOUREIRO distinguiu duas aceções do princípio da eficiência, sendo certo que a primeira desdobra-se em três planos: i) no sentido amplo, refere à realização

¹⁸ Para mais informações sobre os postulados do pragmatismo filosófico, bem como o pragmatismo jurídico defendido por POSNER, v. por todos, ALVAREZ, Alejandro BUGALLO, *op. cit.*, 54; SALAMA, Bruno Meyerhof, «A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner», in *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 1, p. 477. Disponível em:

<http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0435_0483.pdf>. Consultado em 8/9/17;

¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof, *op. cit.*, 475.

²⁰ LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.*, p. 131.

²¹ Sem a pretensão de nos debruçarmos sobre os vários aspetos da eficiência no ramo das teorias económicas, importa mencionar apenas que o ótimo de Pareto é o critério económico de eficiência mais vulgarmente conhecido, e de elevada importância no contexto económico, não sendo, porém, o único. O mesmo designa o estado em que não seja possível melhorar a situação de um agente económico, sem alterar a vida de outro agente, e quando não seja possível produzir mais de um determinado bem sem se proceder a uma reafecção dos recursos, reduzindo-se a produção de outro determinado bem mais valioso (no domínio da alocação de recursos). Trata-se de «um critério individualista que exige unanimidade para a escolha de procedimentos de decisão social», assumido por Vilfredo Pareto, na sequência dos problemas que se levantaram com o utilitarismo, nomeadamente a desconsideração pelas questões de justiça distributiva, inclusive a justificação da escravidão, conquanto que sejam alcançadas as condições para atingir «maior felicidade para o maior número de indivíduos possível».

Note-se ainda, que o ótimo de Pareto detém aplicação privilegiada no âmbito dos contratos, em que as modificações são voluntariamente aceites pelas partes, pois entende-se que estas só aceitem as alterações em causa, caso lhes traga benefícios.

Contrariamente a esse critério, temos o ótimo de Kaldor-Hicks, que se aplica no domínio das relações entre entidades públicas e cidadãos, em que a vontade da maioria no poder se impõe à minoria, mesmo contra o interesse desta. Falamos de um medidor que não exige que a opção de atuação pública não seja prejudicial para nenhum dos destinatários, sendo necessário apenas que os destinatários beneficiados possam hipoteticamente compensar os destinatários prejudicados. Ou seja, essa compensação não precisa acontecer de fato. Trata-se de um critério que levanta os mesmos problemas do utilitarismo, nomeadamente o problema da impossibilidade de se estabelecer comparações rigorosas entre os indivíduos.

No entanto, com veremos mais adiante, contrariamente a posição de alguns autores, o critério de Pareto não atende os ideais de justiça e equidade, sendo certo que o mesmo afere unicamente a eficiência social. – Cfr. ANTUNES, Aquilino Paulo, *O princípio da eficiência económica como parâmetro de validade material de soluções jurídico-tributárias*, Ano 3 (2014), nº 4, p. 2460-2462. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Sobre as críticas ao ótimo de Pareto, v. CASAMIGLIA, Albert. *op. cit.*, pág. 272 ss.

²²

eficaz pela Administração de finalidades pré-definidas; ii) num plano mais estrito, a eficiência, designa a realização de *interesses públicos secundários* por uma organização que integra a Administração pública, e depois ainda, iii) num «microespaço» a eficiência poderá traduzir-se na «realização concreta e particular de finalidades pré-definidas pelos agente(s) administrativo(s) legitimado(s) para a decisão».

Numa segunda aceção, toma-se como ponto de partida o conceito formal de eficiência, apresentando-se essa, como o modo de realização ótima dos fins da Administração. Trata-se aqui de uma relação entre os fins que se pretendem realizados, e os meios mais adequados para esse efeito. Como observa o autor, esta aceção não exclui a anterior, tendo sido dado apenas um passo adiante no sentido de sublinhar as exigências de cunho teleológico que se impõem sobre o legislador e o administrador, que perante várias opções possíveis, deverão decidir pela *opção ótima*.²³

Por sua vez, Andreia OLIVEIRA, optou pela caracterização do conceito em análise, segundo uma *perspetiva estática*, de acordo com a qual, o mesmo designa a escolha, entre os meios possíveis e igualmente eficazes, daquele que com menos onerosidade, permite atingir o fim pré-determinado, ou numa *perspetiva dinâmica*, em que se entende eficiência como um parâmetro de otimização permanente da relação entre meios e fins, sob a ideia de maximização de resultados com o menor custo.²⁴

3. Distinção de figuras afins

Estamos perante um conceito que é invariavelmente confundido com outras figuras que designam realidades conexas, ou mesmo semelhantes. É de notar, portanto, que não raro, nos vimo intimidados perante a dificuldade que constitui lidar com conceitos sem demarcações precisas, sem extravasar o núcleo caracterizador de cada uma das diferentes figuras. Falamos do conceito da economicidade, produtividade, bom andamento, boa administração, proporcionalidade²⁵, eficácia, racionalização e rendibilidade. Desde logo, trata-se de uma «cultura de associação» que tende a suscitar alguns problemas, já que em cada ordenamento jurídico adota-se diferentes “culturas de interpretação”²⁶ e grau diferentes

²³ LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.*, p. 132.

²⁴ OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, «Eficiência e Constituição», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. A. 7, N^o esp. (2010). pág. 294.

²⁵

²⁶ SILVA, Suzana Tavares da, «O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», in *BFD*, Coimbra, 2012, pág. 3. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23213>.

de aceitação. Ou seja, em cada espaço jurídico os referidos conceitos referem-se a fórmulas específicas, legalmente previstas, tendo outros ainda, expressa *dignidade constitucional*.²⁷

Deste modo, dado a relevância prática da relação entre esses conceitos, analisaremos alguns deles, que impõem verdadeiramente maior atenção da nossa parte nesse estudo.

a. Conceito de eficácia

Como vimos, a eficiência refere-se a uma relação entre os meios ou recursos utilizados (*inputs*) com vista à realização da finalidade visada. Por sua vez, a eficácia (*effectiveness/Wirksamkeit*) exprime também uma relação, mas aquela que se estabelece entre os efeitos e os objetivos visados; isto é, a eficácia atenta para o grau de alcance do objetivo, independentemente da quantidade dos recursos consumidos.²⁸

Atualmente, passada a superação do formalismo jurídico, a eficácia é sem dúvidas, um critério que se impõe às normas em geral, assegurando-se assim, que a sua força normativa não descure a aplicação efetiva ao caso concreto. Com efeito, a eficácia como princípio legalmente e constitucionalmente previsto, encontra a sua manifestação em vários institutos.²⁹

Entre nós, esse é o princípio que coloca menos dúvidas.

b. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade adquiriu um lugar assente na experiência do constitucionalismo dos países a nível global, assumindo-se na atualidade como um “*padrão universal de valoração de poderes e medidas*” – *acolhido* tanto nos países da *common law*,

²⁷ Para uma leitura breve sobre essas figuras mencionadas, v. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *op. cit.*, p. 127-130.

²⁸ Seguimos de perto a noção apresentada por Andreia Oliveria, que resulta assumidamente de influências do autor Peter Häberle. – Cfr. OLIVEIRA, Andreia, «Eficiência e Constituição», p. 293-294.

Uma parte da Doutrina espanhola baseia-se na legislação para conceber a eficácia como um princípio jurídico e a eficiência como um critério de otimização. Porém, SCHIMT-ASSMANN, em defesa da «carga principiológica» da eficiência, entende que «A partir do momento em que um critério orientador da ação administrativa é utilizado por um Tribunal, como parâmetro de controlo, este converte-se automaticamente, em última instância, num princípio jurídico.»—VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia...». Um pensamento que também encontra alguma resistência no seio espanhol.—pág-103.

Contudo, não há dúvidas quanto ao papel orientador da eficiência, e a sua vinculação a todos os poderes públicos. Porém, é preciso mencionar, que mesmo no sistema espanhol, houve bastante resistência na receção desse novo princípio, e não pretendemos dizer que o princípio tenha alcançado aí o seu mais elevado estágio de desenvolvido. Como prova, o autor menciona os vários âmbitos em que se verifica a dificuldade em introduzir o princípio da eficiência (e.g. o serviço público—*employment constraints*; estrutura organizacional administrativa). Pelo que não são raros os apelos da doutrina no sentido de se conceber uma política de economia administrativa que otimize e avalie a organização, o funcionamento, a atividade das Administrações públicas, segundo critérios de eficiência objetivos, adequados, verificáveis e transparentes. — VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *op. cit.*, pág.106; 121 ss.

²⁹ OLIVEIRA, Andreia, *op. cit.*, pág. 294.

como no espaço *Commonwealth*, sendo esse o caso de Israel e da África do Sul.³⁰ Com efeito, um princípio que se estreou no domínio da proteção às restrições do núcleo dos direitos fundamentais e da proibição do arbítrio.³¹ Este teve também um desempenho sólido no âmbito alargado de conflito entre cidadãos e o interesse público relevante.³²

No ordenamento jurídico português, vemos este princípio consagrado na Constituição, onde se lê: “Os órgãos e agentes administrativos [...] devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios (...) da proporcionalidade”, (art. 266.º, n.º.2 da Constituição da República Portuguesa). Não obstante a falta de referência pela Constituição, aos poderes judiciais e legislativo, entende-se que estão vinculados pelo princípio «todas as espécies de atos dos poderes públicos», seja o poder judicial, legislativo ou administrativo.³³

Por outro lado, discute-se se este princípio também se aplica ao exercício de poderes por parte de sujeitos e entidades privadas. Esta questão remete-nos para o art.18.º, n.º1 da Constituição, de onde decorre que tanto as entidades públicas como as entidades privadas estão vinculadas ao regime consagrado de proteção dos direitos fundamentais.³⁴

Entre nós, esse princípio é amplamente mobilizado, no âmbito do controlo judicial dos atos do poder público (legislativo e executivo), e das autoridades administrativas munidas de «poderes autónomos de governação económica sectorial, que envolvam o exercício de poderes normativos, executivos, sancionatórios e jurisdicionais, com prevalência para os casos de restrição dos direitos fundamentais.»³⁵ E tal como já mencionamos, em diversas

³⁰ SILVA, Suzana Tavares da, “*O tetralema do controlo judicial*”, pág. 2 ss.

³¹ Vitalino Canas entende que o princípio radica primeiramente da ideia de «dignidade e autonomia privada», afirmando o carácter redutor da designação da aplicação do princípio apenas às restrições do direito. Entendemos, que o autor pretenda elevar a proporcionalidade, sublinhando a sua dimensão material em conformidade direta com o sentido último do direito: garantir a dignidade humana. Porém, sabe-se que todos os princípios elevados à categoria de princípio fundamental, e analisados numa visão macro, possuem a finalidade primária de dignificação do Homem, sendo pois, essa ideia redundante. Não se pode negar o âmbito em que o mesmo adquiriu, tradicionalmente, maior expressão – cfr. CANAS, Vitalino «Proporcionalidade (Princípio da)»...; VICENTE, Laura Nunes, *O Princípio da proporcionalidade, uma nova abordagem em tempo de pluralismo*, II, 2014, pág. 19 ss. Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes_premios.html.

³² Cfr. VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.*, pág. 24; SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, 3 ss.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 272.

³⁴ Cfr. CANAS, Vitalino, «Proporcionalidade (Princípio da)», 635.

³⁵ SILVA, Suzana Tavares da, “*O tetralema do controlo judicial*”, 1 ss

A autora distingue ainda três tipos fundamentais de litígios em que o princípio da proporcionalidade é mobilizado alcançar a solução. Pela sua completude, passamos a citar:

«i) quando esteja em causa uma *colisão de direitos em concreto*, algo que pressupõe um juízo de realização judicial do direito (ex. direito à reserva da intimidade da vida privada e a liberdade de imprensa); ii) nas situações em que o legislador *intencionalmente* decide restringir um direito com o propósito de solucionar, *em abstrato*, um conflito potencial entre dois direitos ou entre um direito e um valor ou um interesse público especialmente relevante (ex. liberdade de circulação e a segurança nacional); iii) e aquelas situações em que o legislador aparece como *regulador económico* ou *social*, acabando, na prossecução dessa função, por limitar direitos fundamentais, coartar liberdades económicas ou frustrar expectativas legítimas a ganhos económicos, embora essa não seja a sua intencionalidade primária (ex. definição das regras de uso

ocasiões, o princípio da proporcionalidade (na sua dimensão de necessidade) é empregue (ora por confusão, ora porque assim o entendem) em referências ao princípio da eficiência.³⁶ A necessidade integra as três dimensões (ou subprincípios concretizadores) classicamente reconhecidas ao princípio da proporcionalidade. Antes de avançarmos, importa abordar brevemente o conteúdo desses sub-princípios. Para tanto recorreremos a fundamentação presente no *Acórdão n.º 187/2001 do Tribunal Constitucional*:

“[N]um primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa (...) é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente (...) – *teste da adequação*.³⁷ Num segundo momento, há que questionar a possibilidade de adopção de medidas menos intrusivas com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado (...) – *teste da necessidade*. Por último, retira-se ainda do princípio de proporcionalidade um último critério, designado como proporcionalidade em sentido estrito ou critério de justa medida (...) Trata-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação,

sustentável da água limita certas liberdades económicas e até as possibilidades de aproveitamento económico de obras infraestruturais dependentes do uso daquele bem).» – cfr. SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, 2 ss.

³⁶ Para uma profunda contextualização histórica do princípio da proporcionalidade – a partir da qual percebemos as suas fases de evolução, na medida em que a ideia de Estado ia conhecendo novas roupagens e por consequência, a sua interação com os cidadãos (agora) atentava para o limite da esfera da vida privada, sob o pressuposto do reconhecimento paulatino da sua condição de seres «livres, iguais, e dotados de um conjunto de direitos inalienáveis». – cfr. VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.*, pág. 19 ss.

Sobre uma proposta, entre nós, no sentido da atribuição de uma quarta dimensão a esse princípio

³⁷ Importa ressaltar, desde logo, que os fins deverão ser legítimos, razão pela qual alguns autores falam da autonomização de um momento anterior ao da adequação. No entanto, concordamos com os que afirmam que a exigência de legitimidade é imanente ao próprio princípio da proporcionalidade. O teste de adequação decorre fora do domínio da normatividade, caracterizando-se pelo recurso a critérios empíricos e qualitativos, impondo-se assim um «discurso funcional ou instrumental e de uma racionalidade funcional técnico-finalística». Como refere Castanheira Neves, essa racionalidade consiste numa referência objetiva à realidade, mas em que a realidade é apenas considerada como condição e possibilidade para a consecução de certos fins propostos ou programados, segundo uma relação funcional (função-efeitos) ou o esquema “técnico” (meio-fim), e no qual a validade é a adequação funcional ou aptidão instrumental e a racionalidade eficiência ou eficácia». O contra-polo deste discurso, é aquele que se orienta segundo a «crença consciente no próprio valor incondicionado, em sentido ético, religioso ou outro, de um determinado comportamento puramente como tal e independentemente do resultado» – racionalidade axiológica de Weber – cfr. Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais, 36-37; VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.*, pág. 27.

gradação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis” – *teste da proporcionalidade em sentido estrito*.³⁸³⁹

Importa ressaltar que o primeiro teste, desde logo, supõe que os fins sejam legítimos, não sendo necessária a autonomização desse momento. O teste de adequação decorre fora do domínio da normatividade, caracterizando-se pelo recurso a critérios empíricos e qualitativos, impondo-se assim uma racionalidade técnico-finalística.

Sobre o teste da necessidade, o qual merece a nossa maior atenção, o Acórdão menciona que:

“É, porém, certo que medidas que sejam de considerar necessárias ou exigíveis não podem deixar de ser também adequadas (embora o inverso não seja verdadeiro). Assim, na prática, a verificação da necessidade ou exigibilidade resolve logo também a da adequação. A verificação da necessidade ou exigibilidade pode envolver, por outro lado, uma avaliação in concreto da relação empírica entre as medidas e os seus previsíveis efeitos, à luz dos fins prosseguidos, para apurar a previsível maior ou menor consecução dos objetivos pretendidos, perante as alternativas disponíveis” – Acórdão n.º 187/2001.

O teste da necessidade radica na ideia de sujeitar o cidadão ao menor prejuízo possível. Dentre várias medidas adequadas, idóneas para a prossecução do fim, deve-se optar por aquela que seja a menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, segundo Alexy). Dada a complexidade desse juízo, a Doutrina avança quatro critérios densificadores: a necessidade material, que exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam mínimas; a necessidade espacial, que limita o âmbito de intervenção da medida; a necessidade temporal, que aponta para a delimitação da medida no tempo; e a necessidade pessoal, que impõe que as pessoas

³⁸ Sublinhado nosso. Tratou aqui, apenas de uma transcrição da Doutrina, um fenómeno sintomático da «metódica do princípio da proporcionalidade» e da falta de tratamento desse princípio pelo tribunal constitucional. – Seguimos de perto, SILVA, Suzana Tavares da, “*O tetralemma do controlo judicial*”, pág. 26-27; Constituição da República Portuguesa Anotada Finalmente, é nesse último teste, onde o Tribunal afere os valores subjacente à medida, sendo sujeita a um juízo normativo-axiológico. O que se pretende aqui, é uma ponderação entre os bens e interesses perseguidos pela medida, e aqueles que esta lesa. Trata-se assim de uma dialética argumentativa, que não visa alcançar a verdade, mas sim a «a validade em sentido prático estrito (a fundamentação ou justificação Neves Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

³⁹ É interessante notar no direito administrativo italiano, que Stefano COGNETTI equipara os testes da adequação e necessidade à *discrezionalità tecnica*, em que o juízo formulado pelo Tribunal está sujeito dependente dos elementos de facto carreados para o processo; e o teste da *proporcionalidade em sentido restrito à discrezionalità amministrativa* – em que o tribunal pode escrutinar a decisão com base em critérios normativos, pois “o parâmetro normativo” é neste caso aferido a partir da *ponderação* de interesses (públicos e privados), valores e princípios (igualdade, justiça, boa fé...), de onde há-de resultar um juízo final sobre a legitimidade da medida. – Seguimos de perto, SILVA, Suzana Tavares da, «*O tetralemma...*», pág. 6.

atingidas pela medida sejam apenas aquelas cujos interesses devem ser efetivamente lesados.

40

Como já mencionamos, alguma Doutrina entende haver uma sobreposição entre o princípio em análise, e o princípio da eficiência, particularmente na sua dimensão da necessidade.

No contexto da mera apreciação dos atos discricionários da Administração, a eficiência não é mobilizada como um parâmetro autónomo legitimador da atuação administrativa, mas como um instrumento para aferir o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Assim, a avaliação das atuações administrativas (medidas) é realizada em função da relação custo-benefício (*eficiência de custos*), dos resultados (*eficiência produtiva*) e da alocação de recursos (*eficiência alocativa*), mas dentro daqueles limites que assinalamos.⁴¹

Numa perspetiva marcada pela praticidade⁴², com a qual nos identificamos, Assis R não receia em sugerir, que da mesma forma que a eficiência é passível de se reconduzir ao um sentido amplo de proporcionalidade, é também possível uma «tendencial transposição da metodologia aplicativa da proporcionalidade» para a arena afeta à eficiência. Porém, não deixa de sublinhar o seu posicionamento no sentido da utilidade da autonomização desses conceitos.⁴³ Nesse sentido, o autor menciona ainda o seguinte exemplo: na circunstância de se pretender colocar uma entidade (e.g. inspeção geral, ou tribunal de contas) a controlar a razoabilidade da afetação dos fundos públicos, por se entender que a mesma tem especiais qualificações para esse tipo de controlo, qual desses princípios mobilizaríamos, senão o da eficiência? O autor entende ser o princípio da eficiência o que melhor se aplica, mencionando

⁴⁰ Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, «O tetralemma...», pág. 5 ss; VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.*, pág. 28 ss.; LEÃO, Anabela, «Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso», in *Comemorações dos 5 anos da FDUP*, 2001, pág. 1004 ss.

⁴¹ Nesse sentido, seguimos de perto, SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental)...», pág. 4 ss; VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.*, pág. 29-30; CALVÃO, Filipa Urbano, «Princípio da eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. A. 7, N° esp. (2010) pág. 333 ss.

Um possível critério distintivo avançado por Filipa Calvão, (pp 333-334) com base na doutrina italiana — GALETTA, Diana-Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pp. 56- 57— centra-se no processo de decisão. Enquanto o juízo de proporcionalidade (e de necessidade) teria por base um juízo de prognose, o juízo de eficiência pressuporia o conhecimento efetivo das reais consequências dos fatores em comparação. Porém, a mesma autora reconheceu a falta de relevância prática dessa fórmula. Com efeito, controlo jurisdicional de conformidade das atuações administrativas com a ordem jurídica (e nessa medida, com os princípios jurídicos), impõe que o juiz tenha conhecimento dos mesmos elementos que eram conhecidos ou deviam ser conhecidos pela Administração Pública no momento da atuação («critério de cognoscibilidade»). Como consequência, na medida em que a eficiência seja elevada à categoria de princípio justificável, o mesmo deverá assentar em juízos de prognose.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974, pág. 270.

⁴³ RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 280.

que este «recorta com maior exatidão o âmbito da questão». Com efeito, atendendo à própria especialização daquelas entidades, não caberia aqui o controlo do cumprimento pelos órgãos administrativos, dos princípios de proporcionalidade ou da justiça. Desta forma, vemos o autor expressar a utilidade da eficiência no domínio dos mecanismos de controlo interno e externo da atividade da Administração.

ASSIS RAIMUNDO insiste, «sem titubeamentos», na sua análise que pretende atribuir à eficiência um lugar autónomo, como parâmetro material de controlo. Dentre várias questões que levantam, destacamos as que relevam na nossa análise. Assim:

«A administração, sem antes elaborar uma análise custo-benefício, pode decidir fazer uma autoestrada⁴⁴, conceber um serviço público, ou ainda, criar uma empresa pública? Um tribunal pode dizer que o Estado não fiscaliza, ou fiscaliza mal, o espaço marítimo português, e tirar daí consequências em sede de responsabilidade? Uma empresa pública pode celebrar um contrato *swap* que implica uma assunção muito desequilibrada de risco da sua parte?» Refira-se, ainda, as questões referentes à prossecução do interesse público pela via do contrato ou através da colaboração com os particulares.

c. Princípio de boa administração

O conceito da boa administração pressupõe um determinado modelo de Estado, que tem a responsabilidade de prestar contas aos seus administrados da gestão que faz dos recursos ao seu dispor, bem como um modelo de sociedade. Referimo-nos aqui, Estado garantidor, que se caracteriza pelo seu papel de «certificação e controlo»,⁴⁵ em detrimento da tradicional dimensão (na Europa) de prestação, ou realização «em primeira pessoa» das atividades públicas de interesse geral ao seu cargo.⁴⁶

Sob o corolário de uma economia mais estável e crescente (segundo a perspetiva liberal), o Estado atenta à lógica (*mais eficiente*) do funcionamento do mercado, o qual se pretende otimizar, e lança-se assim, à liberalização dos serviços públicos.⁴⁷ Os fiéis defensores dessa

⁴⁴Essa é uma das questões que motivou a recusa de visto pelo Acórdão Autoestradas do Tribunal de Contas. Veremos melhor noutro ponto. – cfr. SILVA, Susana Tavares da, «O princípio (fundamental)», pág. 25.

⁴⁵ LOUREIRO, João, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 216-217.

⁴⁶ Cfr. COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *O Tribunal de Contas...*, p. 169-172 e AVELÃS NUNES, António José, «O estado regulador e o 'modelo social europeu'» in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Nº 40-41 (2012), pág. 20 ss.

⁴⁷ V., portodos, o artigo integral de AVELÃS NUNES, onde avança nos pressupostos em que fundam o sistema financeiro europeu. Afirmo (num discurso marcado pela ironização) a sua descrença na mão invisível *smithiana*, afirmando que os mercados por natureza falham, e que os modelos de mercado perfeito e o estado garantidor (incentivador-ativador) são mitos incuráveis, em que se refugiam a «nova aristocracia do capital financeiro», para que através da estrutura que atualmente o permite, consigam a garantia de «lucros elevados sem risco e sem falências». Por fim, retrata como a atribuição de um papel fundamental ao «deus-mercado» na

tese (vincada por pressupostos neoliberais) proclamam que o estado garantidor é, fundamentalmente, aquele que «adota a roupagem privada e prossegue o interesse público a partir do mercado»⁴⁸, não cabendo àquele “estabelecer as regras do jogo e agir quando estas não são cumpridas”, dado a inviabilidade de o mesmo ser «jogador e árbitro ao mesmo tempo».⁴⁹

É nesse limbo de teorias que invocam diferentes opções sob fundamentos ideológicos diversos, que ganha corpo a noção de «economia de mercado regulada», tendo-se estabelecido a partir dos anos 80 do século XX na Europa, o conceito do estado regulador (por imposição europeia) sob o mote do primado da livre concorrência e da abertura do mercado.

No sentido de concretizar a ideia fortemente criticada de «separação entre política e administração» deu-se a criação das agências (ou entidades, ou autoridades) reguladoras independentes as *agencies* por inspiração norte-americana, onde por oposição à experiência europeia, representavam um modo de fortalecer a intervenção do Estado na economia.

Por outro lado, ainda encontramos uma sociedade altamente exigente e informada, que participa ativamente na criação das condições essenciais para o seu bem-estar, em oposição à tradicional procura meramente de igualdade de acesso aos serviços essenciais.⁵⁰ Trata-se de indivíduos conscientes de que na circunstância de ocorrerem *ventos de ineficiência semeadas pela atuação do Estado, são eles os que colhem tempestades*, financiando o custo desta, através das suas contribuições.⁵¹

Assim, na medida em que a racionalização da gestão é uma exigência do Estado garantidor, e subjacente à ordem jurídica estão valores democráticos, decorre daí a ideia de

organização económica e social, e às entidades reguladoras (sob influência dos conglomerados transnacionais), amputa a soberania da vertente social do Estado e sua «veste intervencionista».

Nesse mesmo sentido, sobre a pretensa face social do projeto europeu, v. também pág. 16.

⁴⁸ SILVA, Suzana Tavares da, O Estado garantidor..., Tese de Doutoramento, Coimbra, 2008, pág. 59 e 67. Apud AVELÃS NUNES, António José, *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁹ AVELÃS NUNES, António José, *op. cit.*, pág. 30.

⁵⁰ Nesse sentido, a Doutrina fala de utentes transformados em verdadeiros clientes, no âmbito do que designa de uma «nova cultura de responsabilidade» dos serviços. Cfr. PATRONI, GRIFFI Filippo La «cultura della responsabilità» nell'amministrazione quale fattore propulsivo dell'efficienza. Le prospettive: sistemi di valutazione e danno da ritardo, in AMARATO/ GAROFOLI R. Garofoli, I tre assi, Roma 2009, pág. 141 ss. apud SILVA, Suzana Tavares da, *O princípio...*, pág. 29.

⁵¹ Cfr. NABAIS, Casalta, «*Reflexões sobre quem paga a conta do Estado social*», Ciência e Técnica Fiscal, 2008/421, pp. 7 ss, e nesse mesmo sentido, AVELÃS NUNES, António José, *op. cit.*, pág. 7 ss e 29 ss, onde discorre sobre o antigo mito da soberania do cidadão, e como consequência a sua vulnerabilidade ante o «falácia» do pretensso Estado regulador (que entende ter sido esvaziado das suas notas essenciais), bem como a economia social de mercado.

uma gestão responsável orientada por critérios técnicos, impondo-se assim o *dever de boa administração*.⁵²

A eficiência é compreendida como uma das dimensões reconhecidas em geral à boa administração, no domínio dos procedimentos administrativos de “*implementação de políticas*”, a par da celeridade, equidade, justiça, transparência e imparcialidade.⁵³

Segundo alguns autores, a função administrativa íntegra de certa forma, o princípio da eficiência, razão pela qual esse princípio é identificado com o dever de boa administração, ou o bom andamento da administração.⁵⁴ ⁵⁵ Parece ter sido esse também, o pensamento do Provedor de Justiça da União Europeia, SÖDERMAN, ao afirmar, a propósito do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (CEBCA), que a boa administração devesse acolher outros critérios meta-jurídicos, como a economia e a eficiência.⁵⁶

⁵² COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *op. cit.*, pág. 172 ss.

⁵³ SILVA, Suzana Tavares da, «*O princípio (fundamental)*»...,pág. 11.

⁵⁴ Originalmente, o princípio do bom andamento remete para a doutrina italiana, onde o mesmo é amplamente mobilizado, logrando a sua consagração, (com reconhecimento da sub-dimensão da eficiência pela doutrina) na Constituição: «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» (art. 97.º da Constituição Italiana). – cfr. SPASIANO, Mario R., “Il principio...,” *cit.*, pág.. 14.

Entre nós, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, o dever de boa administração é a figura no ordenamento jurídico português que melhor expressa o sentido daquele princípio. – Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.*, pág. 128-129. Porém, essa visão não reúne consenso, dado que alguma doutrina considera o bom andamento, um sub-princípio da boa administração, CHENG, Leong Hong, *O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilicitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração*, Publicações CEDIPRE Online - 30, pág.19, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, março de 2017.

De todo o modo, é importante sublinhar, que a inclusão desse princípio no ordenamento jurídico italiano não foi imediata, uma vez princípio do bom andamento foi afastado por um longo período, quer pela jurisprudência (sobretudo constitucional), quer pela Doutrina. – cfr. PASIANO, Mario R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico”, in *Studi Sui Principi del Diritto amministrativo (a cura di Mauro Renna e Fabio Saitta)*, Milano, 2011. pág. 2 e 7. Disponível em: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_11_48_Spasiano_IT.pdf.

⁵⁵ Nesse sentido, cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, «Princípio da eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. A. 7, Nº esp. (2010), pág. 331, e

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2002, pág. 37 e ss.

Essa é uma das razões apontadas pela grande maioria da Doutrina para afirmar a complexidade em recortar de forma rigorosa o critério de jurídico de eficiência no seio da atividade administrativa, tal como as particularidades existentes no que toca ao controlo judicial. Embora seja clara a dificuldade existente, entendemos que a inoperância autónoma da eficiência como princípio fundamental, parece ir para além dessas razões, prendendo-se desde logo, com o repúdio dos conceitos que não radiquem da ciência administrativa tradicional, e por consequência os poucos estudos doutrinários nesse sentido, e também por razões ideológicas. Importamos essas razões da experiência italiana, que nesse quesito, cremos identificar-se com o caso português, tal como também dá a entender a Doutora Suzana. – cfr. PASIANO, Mario R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla gica del risultato in senso giuridico”, in *Studi Sui Principi del Diritto amministrativo (a cura di Mauro Renna e Fabio Saitta)*, Milano, 2011. pág. 2. Disponível em: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_11_48_Spasiano_IT.pdf; SILVA, Suzana Tavares da, «*O princípio (fundamental...)*», pág. 1 ss

⁵⁶ Esse diploma foi criado através da resolução do Parlamento Europeu de 6 de Setembro de 2001, com o objetivo de servir de esteira à apresentação queixas, mediante a infração de regras e princípios que visam a garantia do direito à boa administração. – V. para mais informações, Mário Aroso de Almeida, *O Provedor de*

Com efeito, entendida a eficiência como sendo a prossecução da finalidade de interesses públicos⁵⁷ pré-determinados, atenta aos valores e princípios estabelecidos na ordem jurídica, a atividade *discricionária* da Administração caracterizar-se-á na escolha do *único meio*, (o *melhor meio*, o *mais justo* ou o *meio ótimo*) entre várias opções possíveis que de *modo substancial* satisfaz uma determinada necessidade.⁵⁸ Isso é assim porque o fim último da Administração, — a bússola que orienta a tarefa de decisão — é a prossecução do interesse público, alheio ao sujeito,⁵⁹ sendo para o efeito dotada de poderes, que resultam diretamente no dever de «*atuar e de certa maneira*».⁶⁰

A primeira impressão transmitida pela vasta doutrina que trata a problemática da boa administração é a existência de uma compreensão bastante diversa sobre o dever de boa administração,⁶¹ propiciada também pela própria amplitude desse conceito.

Justiça como garante da boa administração in Ficha “Técnica O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição”, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2006.

⁵⁷«(...) o interesse público não é visto nem como contra-polo absoluto nem como expressão pura dos interesses privados de indivíduos ou grupos, mas como uma grandeza simultaneamente autónoma e compreensiva que engloba a ponderação entre os interesses da comunidade e os interesses particulares; por outro lado, na lógica da subordinação do Estado a uma conceção material de Direito, o interesse público é identificado processualmente substancialmente com o bem comum, definido segundo um “modo jurídico” de racionalidade e orientado por (e era) uma ideia comunitária de justiça». — cfr. VIEIRA DE ANDRADE, J. Carlos, «Interesse público», *DJAP*, vol.V., Lisboa, 1993. pág. 276 – 277.

Essa noção (tradicional) de interesse público, não contempla (e nem tinha de o fazer) a dimensão global, de interesses que caracteriza a sociedade atual. Razão pela qual os aos interesse(s) públicos(s), quando pretendam transmitir toda a contingência que recai atualmente sob os interesses públicos, outrora ditados a nível «unilateral» pelos Estados.

«A noção de interesse público encontra uma primeira concretização ao nível das leis constitucionais, (...) a par das normas fundamentais da organização política (e das relativas aos direitos dos cidadãos), princípios definidores dos fins do Estado, princípios dinâmicos e prospectivos, mais ou menos programáticos, que impõem às autoridades públicas a realização de fins e a execução de tarefas.» A esse propósito, podemos aludir a um transconstitucionalismo dos interesses..

⁵⁸ Em itálico as palavras de SOARES, Rogério, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, pág. 189.

⁵⁹ Os fins são propositadamente definidos por meio de propostas do legislador, dado que a detenção pelo sujeito de «fins pessoais» dificulta a tarefa de controlo que seria possível apenas através de limites negativos, e não pela imposição de um dever. O mesmo acontece quando o agente realize qualquer outro fim diferente do «fim típico» que foi chamado a servir, quer sejam fins privados ou fins públicos não relevantes para a situação em concreto, resultando-se num ato viciado, enfraquecido juízo (sobre os meios) que compromete a prossecução do interesse público. A esse propósito, o autor sublinha a necessidade da identificação do «fim subjetivo» do agente com o «fim subjetivo da lei». Com efeito, diante de fins pré-determinados, cabe ao agente encontrar o meio ótimo que satisfaz a necessidade dos administrados, através de um «puro juízo técnico». Só dessa forma é possível concretizar o dever de boa administração, que aqui se equipara à ótima administração, segundo o autor.

Por outro lado, no âmbito da discricionariedade, contrariamente ao primeiro caso, não são indicadas à administração comandos jurídicos ou «normas típicas», senão cláusulas gerais («linhas de máxima e enunciações de precedentes») orientadoras da sua atuação. Cfr. SOARES, Rogério, *op. cit.*, pág. 189-197.

⁶⁰ SOARES, Rogério, *op. cit.*, pág. 179-200.

⁶¹ Boustá, Rhita, “Who said that there is a “right to good administration”? A critical analysis of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, in *European Public Law*, Volume 19, Issue 3, Londres, 2013.

Um exemplo de conceção estrita é encontrada na tese de Rhita BOUSTA, onde na tentativa de criar um novo entendimento, refere-se ao dever de boa administração como a “*adaptation équilibrée des moyens*”, refletindo assim, uma das dimensões da eficiência. Porém, o seu entendimento restringe a eficiência à uma racionalidade estrita que orienta utilização dos meios financeiros.⁶² Como já referimos, defendemos uma extensão da aplicação do princípio para além da área financeira de atuação administrativa.

Por outro lado, encontramos também a rejeição dessa sinonímia entre a eficiência e o princípio da boa administração por uma boa parte da Doutrina. De acordo com Andreani⁶³, desde logo, critério da eficiência tem um valor estritamente *técnico e metajurídico*, pelo que só num sentido muito amplo ambos os princípios poderiam ser considerados semelhantes.⁶⁴ Como menciona, e bem, ASSIS RAIMUNDO, (a propósito do princípio da proporcionalidade) a aparente sobreposição entre os princípios da eficiência e da boa administração não obsta a que se distinga uma zona autónoma de relevância e aplicação de cada um desses princípios. Com efeito, entende (tal como nós) que a eficiência é um padrão especialmente afeto ao domínio da contratação e a colaboração com os particulares.⁶⁵

Outrossim, o princípio da boa administração tem a força vinculativa no domínio da organização e do procedimento da Administração Pública, o que resulta da sua consagração no ordenamento jurídico português.⁶⁶ Entende-se ainda, que o mesmo deve atingir o próprio conteúdo de quaisquer atuações administrativas.⁶⁷

⁶² Bousta, Rhita, *Essai sur la Notion de Bonne Administration em Droit Public*, Paris, 177-180. Nesse sentido também, CHENG, Leong, *op. cit.*, pág. 14.

⁶³ LOUREIRO, João, *op. cit.*, pág. 129.

⁶⁴ Seguimos de perto, LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.*, pág. 129-130

⁶⁵ Cfr. LOUREIRO, João, *op. cit.*

⁶⁶ Cfr. Art.5.º do novo CPA aprovado pelo Decreto-lei n.º 4/2015, onde se lê: «1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.»

⁶⁷ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa, 2016, pág. 267.

Quanto à natureza do da boa administração, a disposição sugere que se seja um princípio, como um dever estrito, uma garantia, ou direito subjetivo – cfr. BOUSTA, Rhita, *Who said there is...*, pág.

Desde logo, VIEIRA DE ANDRADE entende que o dever de boa administração não confere um direito subjetivo aos administrados, dada visto que integra inúmeros deveres, e a dificuldade em gerir as as por parte dos administrados. Refere ainda, que entre o direito subjetivo e o interesse legalmente protegido existe uma continuidade que resulta na existência de direitos subjetivos com menor “grau de densidade normativa”. Dado que este interefe no «espaço de discricionariedade» da administração, o particular apenas dispõe de um interesse legalmente protegido. – Cfr. Andrade, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2015, pág. 70-71 e 70-75. No mesmo sentido, ROGÉRIO SOARES, dispõe que ao dever jurídico em sentido estrito

i. O problema do direito à boa administração no direito da União Europeia: o artigo 41º da Carta Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)

No quadro europeu, de igual modo, não sem controvérsias, o direito dos cidadãos a uma boa administração está plasmado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como um direito de cidadania europeia (art. 41.º CDFUE). Nesse artigo, consagra-se o direito dos administrados, no âmbito de procedimentos administrativos europeus, a um procedimento «imparcial, equitativo, e num prazo razoável», tanto perante instâncias administrativas europeias, como perante instâncias administrativas dos Estados-membros (Art. 51.º CDFUE).⁶⁸

A maioria da Doutrina entende que a introdução desse princípio a par com outros princípios estruturantes (e *normativos*) é desde logo, alvo de inúmeras dúvidas.⁶⁹ Por um lado, entende-se, a julgar pela fraca convergência entre aquele e o disposto no art.5.º do CPA, e a dificuldade de controlo efetivo da atuação administrativa, que se trata aqui estritamente de um princípio de *feição formal e procedimental*⁷⁰, dado a alusão à ideia de imparcialidade, justiça, acesso à informação, dever de fundamentação, responsabilidade da administração por danos, que atribui um direito (justiciável) a um procedimento em prazo razoável.⁷¹ Isto é, o sentido do dever de boa administração diverge daquele instituído pelo legislador nacional, o qual compreende critérios substantivos como a eficácia, economicidade e

não corresponde nenhum direito subjetivo – Cfr. SOARES, Rogério, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, pág. 198- 199.

⁶⁸ Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, «*O princípio (fundamental)*», pág. 10.

O art. 51.º CDFU dispõe em geral, que esse diploma abrange as instituições e órgãos da União, bem como Estados-membros aquando da aplicação do direito da União.

O fato de não estar descrito na letra do art.41º que esta norma destina-se aos Estados-membros quando apliquem o direito da União, levanta a questão de este princípio ser mais limitado em comparação com outros princípios de igual natureza (fundamentais). Apesar de várias leituras possíveis de serem feitas, a Doutrina conclui, por várias razões, que os Estados-membros estão sujeitos a obrigação de aplicar o princípio. – cfr. pág. 238 ss. ; TOMÁS MÁLLEN, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pág. 41ss. ; SCHWÄRZE, Jürgen, *EU-Kommentar*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 2297 *apud* SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁹ Por todos, Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 269 ss; Bousta, Rhita, *op. cit.*, pág. 482 ss ; . TOMÁS MÁLLEN, Beatriz, *op. cit.*, pág. 56 ss.

⁷⁰ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 271.

⁷¹ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 268-270.

eficiência.⁷² Essa leitura tem como consequência prática a impossibilidade de recurso ao direito europeu como fundamento supralegal da boa administração como eficiência.⁷³

Por outro lado, pode-se inferir que esse sentido oposto vem reforçar a ideia de que a boa administração do art.5º do CPA, tem uma vinculatividade limitada.⁷⁴ Em oposição a um princípio europeu que oferece um controlo forte, e justificável, mas de feição formal e procedimental, temos um princípio que remetendo para certos critérios extra-jurídico (e.g. eficiência) estão sujeitos a limites no que toca ao funcionamento desse como parâmetro de controlo jurisdicional da decisão administrativa. Com efeito, os aspetos procedimentais são mais propensos a reunir consenso do que critérios materiais de atuação, sendo essa a esfera relações que os Estados priorizam.⁷⁵

Contudo, existem razões suficientes que levam a concluir que essa discrepância assinalada, não põe em causa a opção do legislador do CPA. Primeiro, porque a enumeração constante no art.41.º CDFUE é meramente exemplificativa,⁷⁶ cabendo o desenvolvimento de novas dimensões.

Por outro lado, a ideia de que a boa administração apresenta uma feição estritamente formal e procedimental, é vencida pelas referências, à imparcialidade, o direito à *fairness* da apreciação – embora quanto a esse último, a versão portuguesa da CDFUE não seja tão clara, tratando-se assim de uma ideia que vai além do procedimento equitativo.⁷⁷

⁷² Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, 2015, pág. 62-66.

Note-se que com essa referência ao âmbito formal e procedimental da boa administração contexto europeu, o digníssimo autor, AROSO ALMEIDA, não pretende negar o seu carácter vinculativo e a sua natureza «inequivocamente justiciável».

⁷³ Cfr. SILVA, Jorge da, «Âmbito de aplicação a princípios gerais», pág. 67, contrariamente a MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que além de reconhecer valor na consagração desse princípio no contexto europeu, identifica nele critérios substantivos como a eficiência.

⁷⁴ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso, *Teoria geral...*, pág. 62.

⁷⁵ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Os princípios no novo CPA...”, pág. 272. Não obstante, alguns autores não deixam de afirmar o que segundo os mesmos constituiu uma perda da oportunidade por parte da UE, de implementar uma base de regras comuns aos países – cfr. KANSKA, K, ‘Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of fundamental Rights,’ *European Law Journal* 10, 296–326, 2004.

⁷⁶ ALMEIDA, Mário Aroso, *Teoria geral...*, pág. 273; KRISTJÁNSDÓTTIR, Margrét Vala, «Good Administration as a Fundamental Right», *Icelandic Review of Politics and Administration*, Vol. 9, Issue 1, June 2013 pág. 241;

⁷⁷ O reconhecimento inovador do macro-conceito de boa administração (como seu carácter procedimental) no direito europeu, como um direito fundamental, vem no sentido de reforçar as garantias procedimentais e da consagração de soluções já avançadas a nível da soft law, atendendo a crescente necessidade de garantia da confiança aos operadores no contexto da globalização económica. - cfr. TOMÁS MÁLLEN, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pág. 41ss.

No âmbito de outras fontes de direito europeias, encontramos ainda, referências à boa gestão financeira artigos (287º, n.º 2, e 717º, primeiro parágrafo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia- TFUE), a uma «administração eficaz» (art. 298.º, n.º1, TFUE), e a nível da jurisprudência pela afirmação do «dever de atuação diligente por parte das entidades administrativas.

Assim, entende-se que a falta de articulação entre alguns aspetos que compõem os sistemas europeus e nacionais é compreensível, dado não existir entre esses uma completa harmonização⁷⁸, sendo certo que tal não enfraquece a dimensão supralegal do princípio de boa administração como eficiência.

4. Um Direito tradicional com novos horizontes

Há vários anos que se discute em vários países da Europa a premente necessidade de renovação da ciência do direito administrativo. O autor Eberhard SCHMIDT-ASSMANN⁷⁹ atribui à ciência administrativa a vocação de «ciência de direção», na medida em que se por um lado essa limita o poder, pretende garantir também a eficácia da ação administrativa.

O êxito do Direito administrativo decorre da sua tendência em evitar uma rigidez incomunicável, tratando-se assim de um *sistema dinâmico e aberto*,⁸⁰ sendo possível a assimilação de parâmetros de direção e controlo de outras ciências, sem prejuízo de uma tarefa de adequação à realidade política e social em que se opera.⁸¹ Era de esperar que o direito administrativo assumisse essa faceta acolhedora de determinadas técnicas de outras ciências, aquilo a que podemos designar de um de movimento de integração permanente,

Essa «substancialização» das garantias procedimentais já se avistava a nível da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Desde logo, com o Acórdão Technische Universität München, de 21 de Novembro de 1991 (caso C-269/90), em que o TJUE afirmou a obrigação de a instituição competente, «examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço, o direito do interessado a dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o direito a uma fundamentação suficiente da decisão» (considerando 14). Mais tarde, a Jurisprudência viria a condensar esse conjunto de *referências com carga principiológica*, fundamentais nos domínios de discricionariedade administrativa, numa única fórmula: o princípio da solicitude (cfr. o Acórdão do Tribunal Geral, de 18 de Setembro de 1995, caso T-167/94). Posteriormente, deu-se o reconhecimento de uma dimensão temporal (em paralelo com o art.6, n.º1 da Carta Europeia dos Direitos do Homem) à solicitude da administração, resultando no atual preceito do supracitado artigo 41º. – cfr. GOMES, Carla Amado - A “boa administração” na revisão do CPA: depressa e bem..., [Em linha], ICJP, 2013. Acesso a 10-07-17, em < <https://www.icjp.pt/debate/4268/4337>. >; Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 269 ss

⁷⁹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), pág. 93-94.

⁸⁰ Em itálico, as expressões de Marcos VAQUER CABALLERÍA.

⁸¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), pág. 93 ss

que é fruto dos progressos da Administração, tendo em conta as exigências de «validade e eficácia formal», bem como de «eficácia material, e eficiência» que se lhe impõem. Lembre-se que o período da modernidade, as ideias de racionalismos e de emancipação do homem, significaram um marco na mudança do panorama de legitimidade do Estado, que passa a ser medida pelos diferentes graus de efetividade, esperando-se portanto, uma administração rápida, simples, e orientada para a busca de melhores resultados.⁸²

Assim, atualmente, encontramos um Direito Administrativo tendencialmente aberto ao ensino de outras ciências, como a economia, as ciências políticas e da administração e a sociologia.⁸³ Daí designarmos o Direito Administrativo de uma ciência de carácter *eminentemente plural*, devido a essa possibilidade de socorrer-se de instrumentos que não são originários da sua própria base metodológica. Tal acontece, de fato, quando a base intersubjetiva que a dogmática jurídica pretende orientar não pode ser realmente explicada senão por essas ciências.

Nesse sentido, entendemos que a doutrina deva atentar não só para critérios clássicos ou tradicionais, como também deve procurar integrar mecanismos novos, ou seja, princípios tradicionais que passam despercebidos nos debates doutrinários, mas que manejados com criatividade jurídica, serviriam de orientação aos institutos de direito público, logrando em geral o reforço da garantia da proteção dos direitos dos particulares.⁸⁴ Pretendemos de fato, a todo o momento no decorrer desse trabalho, afirmar que a tarefa de aprofundamento do sentido do Direito Administrativo impõe estudos sobre critérios jurídicos subutilizados (como é o caso da eficiência), ou simplesmente adormecidos num *mar* de uma assumida pré-existência⁸⁵, e crença irredutível de boa parte da Doutrina na bondade dos modelos tradicionais.

5. O nosso entendimento

Posto essas reflexões no intuito de «balizar» o conceito de eficiência e as suas áreas privilegiadas, que na nossa opinião, debruçam cada uma sobre diferentes dimensões que integram, tanto no núcleo duro caracterizador deste conceito metajurídico, como na da

⁸² GARBADO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002.

⁸³ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), pág. 94.

⁸⁴ NIETO, Alejandro, «La vocación del Derecho...» pág. 28.

⁸⁵ Referimo-nos à crença na «bondade intrínseca das soluções legais ditadas pelo princípio democrático» – SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental)...», pág. 3.

intencionalidade jurídica que lhe é atribuída pela nossa dogmática da própria realidade jurídica vigente, cumpre-nos referir a nossa posição. Entendemos ser possível desenvolver uma noção de eficiência que combine os diversos aspetos referidos pela imensa doutrina. Com efeito, em nome de uma maior operacionalidade prática desse princípio⁸⁶, logrando a efetiva definição dos seus domínios de aplicação, como reclama, ao nosso ver, a “nova ordem económica global”⁸⁷, optamos por um sentido de eficiência, que integra a justificação da razoabilidade da afetação de fundos públicos a um certo fim (*legal*) e uma ideia de gestão prudente e diligente dos interesses alheios.⁸⁸ A essa perspetiva relacional teleológica ante os recursos administrativos, acresce a ideia de orientação da administração para resultados,⁸⁹ que porém, não pode cair no extremo da “satisfação unilateral dos administrados”.⁹⁰ cremos trata-se de uma aproximação à essência da eficiência pragmática, cujos elementos devem ser tomados em consideração na composição da fórmula desse princípio, atestando contra as visões que fazem desse assunto extremamente algo nebuloso.

Antes de sermos questionados pela razão da adoção desse caminho, cumpre-nos referir, desde logo, que esse entendimento sobre o sentido da eficiência não afasta a possibilidade de vir a sofrer adaptações teóricas conforme as feições dos domínios de aplicação relevante. Sublinhe-se que não nos alinhamos com uma dialética orientada por fórmulas matemáticas pré-definidas que *amordacem* o administrador, o legislador, e como veremos, os decisores políticos,⁹¹ invadido o espaço de decisão desses últimos. E se com isso, se se entender trata-se a eficiência de um conceito de fraca densidade, e de difícil funcionamento na prática, lembre-se que em questões de «desligamento» da metajuricidade dos princípios, onde a doutrina majoritária (conservadora) apresenta-se neutra ou relutante (pelas várias razões que importam referir adiante), há-que permitir pequenas cedências, de forma a reunir o mínimo de aceitação. E com isso, tornar-se-á possível avançar no estudo aprofundado de recursos

⁸⁶ Cfr. Sobre a utilidade de se assumir uma noção menos abstrata possível, v. por todos, RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 280

⁸⁷ Assim também, SILVA, Suzana Tavares da, “O tetralemma..”, pág. 32

⁸⁸ Adaptamos aqui a abordagem sobre esse conceito desenvolvida de forma diferente por dois autores – Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 280; CHENG, Leong Hong, *op. cit.*, pág. 12.

⁸⁹ Sobre o apelo ao equilíbrio que advém da ideia de «boa governação», em oposição à tendência da ação pela orientação da administração aos melhores resultados (célere, economicamente mais vantajoso) «a todos o custo» e a resposta a quaisquer dos requerimentos dos cidadãos. – cfr. SPASIANO, Mario R., “Il principio...,” *cit.*, pág.28.

⁹⁰ BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration em droit public*, Paris, 2010. pág. 199, 202-206. Nesse sentido, refira-se a afirmação Pontier, segundo o qual «a essência do direito administrativo reside na manutenção e a reconciliação entre os interesses do Estado e os dos cidadãos». Tradução nossa. — pág. 199, 202-206.

⁹¹ SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental)», pág. 19-20.

metodológicos, critérios técnicos e axiológicos, logrando uma resposta aos interesses públicos relevantes, seja no plano organizativo, funcionais, organizativos ou de controlo.⁹² Com efeito, como bem se compreende, a alusão à vinculação do fim à lei, não vem substituir uma legalidade formal. Essa questão prende-se apenas com uma ideia de realização de fins legítimos à luz da ordem jurídica, que não descure, em absoluto, uma prévia tarefa de “individualização do específico sentido axiológico do critério da eficiência”,⁹³ consentânea com intencionalidade axiológica-normativa, os valores e o sentido último de um Estado de Direito democrático, considerando agora a sua vertente global.⁹⁴ Sublinhamos que sem isso, teremos um princípio de pleno funcionamento (princípio *do e de* direito)⁹⁵.

A sob pena de se instituir um critério tecnocrático com a importação de um critério de um universo empresarial, que não coadune nem com os ideais de um Estado de Direito democrático (especialmente a salvaguarda da dignidade humana⁹⁶), nem possua dignidade face a funções do direito administrativo. Cremos com isso, não ir contra a formulada tentativa de ASSIS RAIMUNDO de cobrir aquele que deve ser o núcleo duro da eficiência.

Pelo que ficou dito, esperamos ter dado efetivamente o vislumbre do esvaziamento causado ao conceito da eficiência, sendo que no que se seguirá, trataremos de dar maiores vislumbres sobre os domínios em que resultariam em mais-valia a sua particular mobilização.

II. Enquadramento jurídico no ordenamento jurídico português

Nesse momento, cumpre-nos demonstrar, primeiramente os primórdios da indagação eficiência como princípio jurídico, no contexto europeu, e os moldes em que deram a receção desse princípio no ordenamento jurídico português, fazendo uma breve alusão à sua experiência no plano internacional. Confirmando-se a existência de um princípio geral de direito público consolidado no ordenamento jurídico português, cumpre-nos compreender o seu conteúdo normativo, os modos de controlo e os fundamentos, à luz do sistema administrativo atual.

⁹² Ibidem, pág. 3.

⁹³ SPASIANO, Mario R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico”, 2011, pág. 13. Disponível em: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_11_48_Spasiano_IT.pdf

⁹⁴ Sobre essa dimensão falaremos mais adiante.

⁹⁵ A Doutrina explica de forma ampla essa importante distinção, pelo que remetemos ao estudo de

⁹⁶ Como nota Suzana Tavares da Silva, a orientação do princípio para as pessoas é a garantia da concretização do fim último do Direito administrativo. — «o princípio da razoabilidade»..., 290.

1.1. Considerações históricas sobre o problema da eficiência

A análise da problemática do reconhecimento da eficiência como princípio jurídico de Direito Público remonta para Alemanha, nos anos setenta.

Foi num estudo publicado em 1971, por Walter Leisner, onde este encetou a indagação da natureza da eficiência no ordenamento jurídico alemão, buscando afirmá-lo como um princípio geral no domínio do Direito Público.⁹⁷ Porém, demonstrou por meio de vários exemplos, a sua manifesta suspeita face à Constituição alemã, dado o valor incipiente, ou se pouco preciso, que a mesma já naquela altura atribuía ao referido princípio. Com efeito, enquanto o conceito aparecia relativamente estabilizado noutras ciências sociais e económicas, no domínio do Direito Público, este era caracterizado pela absoluta ausência de «contornos definidos». Portanto, a conclusão a que chegou foi que não existia um princípio geral de eficiência, aplicável pelos tribunais, e que o princípio da eficiência estava na contramão dos interesses do Estado.⁹⁸

Em resposta, outros estudos contrariaram as suas conclusões. Häberle, posicionou-se em defesa da imanência da eficiência à ideia do Estado de Direito e à Constituição. Parte da Doutrina entende que eficiência não constitui um princípio autónomo, atuando como um «instrumento de conciliação ótima de todos os fins a que o Estado de Direito se propõe», não sendo «um princípio exterior, mas imanente à Constituição».⁹⁹

No fundo, na linha de pensamento de Häberle, toda atuação pública, que tendo em vista a realização de um fim, e proceda no sentido de uma utilização equilibrada dos recursos de forma a não gerar desperdícios, ou que realize qualquer avaliação de custo-benefício, trata-se no fundo de um juízo de eficiência.¹⁰⁰

⁹⁷ LEISNER, Walter, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1971 *apud* Oliveira, Andreia Sofia Pinto, «Eficiência e Constituição», *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. A. 7, N^o esp. (2010), pág. 295.

⁹⁸ *Effizienz mag ein fester Begriff der Sozialwissenschaft, insbesondere der Mikroökonomie sein. Im öffentlichen Recht droht sie zum Konturlosen Modewort zu werden, noch bevor sie in der Dogmatik einen festen Platz hat*», Walter Leisner, *op. cit.*, págs. 25 e 59, *apud* Oliveira, Andreia Sofia Pinto, *op. cit.*, 296.

⁹⁹ HÄBERLE, Peter, «Effizienz und Verfassung», em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, pp. 625-635; 634 *apud* OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *op. cit.*, 296-297.

É interessante que a posição sobre a eficiência avançada por ASSIS RAIMUNDO parece fundar-se no receio de esta se precipitar nesses moldes «moles» no discurso jurídico-administrativo português. Essa ideia tão abstrata de «conciliação de todos os fins» parece-nos bastante expressiva do seu pensamento – «Comentários ao novo Código...» pág. 280.

¹⁰⁰ Note-se que essa alusão aos custos se insere numa perspetiva estritamente jurídica da eficiência.

1.2. Eficiência: um princípio geral de Direito Público?

Coloca-se a questão de saber qual a verdadeira natureza do princípio da eficiência, e a base em que funda o dever da Administração de atuar de modo eficiente.

A falta de consagração expressa do princípio da eficiência na Constituição¹⁰¹, contrariamente ao Código do Procedimento Administrativo onde esse está previsto no art.10.º, coloca duas dúvidas essenciais. A primeira dúvida é a de estamos ou não perante um princípio fundamental aplicável apenas à Administração Pública, e não aos poderes públicos em geral. A esse propósito, note-se que quando a Constituição se refere às dimensões estruturantes do Estado de Direito (igualdade, proporcionalidade, justiça, da imparcialidade e boa fé), o princípio da eficiência não é sequer mencionado nesse leque de sub-princípios.¹⁰² Por sua vez, da leitura da constituição, resulta a falta de autonomização do princípio da eficiência, sendo certo que afirmar a inexistência de previsão autónoma desse princípio na Constituição, não significa negar o seu carácter fundamental.¹⁰³ Senão, vejamos.

A eficiência está consagrada, de forma expressa, na Constituição portuguesa, apenas como parâmetro de organização do sector público (art. 81º/c) e como critério de funcionamento dos mercados, a assegurar pelo Estado (art. 81º/f). O uso dessa terminologia é tributário às cedências em relação aos ideais do modelo económico-social de mercado, que se apresenta, atualmente, como um *corpo orgânico global*¹⁰⁴. Nesse contexto, refere-se ao diálogo entre *o direito estadual e direito supranacional, e um esquema de poder partilhado*, tal qual uma soberania conjunta, como resultado da experiência de interligação entre os diferentes ordenamentos estaduais, supranacionais, internacionais e autónomos que hoje integram o fenómeno do “direito em rede”¹⁰⁵. Tal como sugere Suzana TAVARES, a

¹⁰¹ Um olhar atento pelos estudos doutrinários e a jurisprudência nacional demonstram igualmente uma falta de alusão ao juízo de eficiência, de forma que alguns autores questionam uma possível existência de uma lacuna no seio dos princípios constitucionais. No que toca ao Tribunal constitucional, verifica-se a inexistência de referências ao referido conceito, sendo deixado a cargo do Tribunal de Contas o desempenho da função de controlo das contas públicas. Mais adiante, veremos mais desenvolvimentos sobre essa questão relativa ao controlo da eficiência pelos órgãos públicos legitimados para o efeito. – SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental) da eficiência», pág. 6ss; 21 ss, e OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *op. cit.*, págs. 295 e 297.

¹⁰² SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental)...», pág. 10.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 7 ss; AVELÃS NUNES, António José, «O estado regulador e o 'modelo social europeu'» in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Nº 40-41 (2012), pág. 14 ss. Sobre a influência das teses neoliberais que abordam o *esvaziamento do sentido e funções do Estado, e a morte da política, v. o mesmo autor, pág. 5 ss.*

¹⁰⁵ Pernice referiu-se originalmente a essa partilha de poderes, através da *expressão constitucionalismo multinível*. Esse fenómeno é caracterizado pela «experiência supranacional» da Constituição, e por outro lado, um movimento no plano nacional de densificação e construção de uma identidade cultural. Entretanto, de

vinculação à eficiência pelo Estado português, decorre não de um imperativo expresso, mas da circunstância de este integrar um sistema complexo onde vigoram imposições europeias (como exemplo, a proibição de ajudas financeiras estaduais, a obrigação adoção de regras de governação empresarial), e o fenómeno de privatização (apresentado como sendo a solução «ideal» para o resgate das empresas com créditos¹⁰⁶), que como é sabido, tem sido liderado por entidades internacionais. Deste modo, os Estados concorrem num mercado global com elevadas exigências, pelo que a rentabilização dos recursos é garantia de maior competitividade.¹⁰⁷

A nossa posição vai no sentido de afirmar as virtualidades do princípio da eficiência, na medida em que o mesmo é apto para funcionar, em consonância com outros princípios, como um limite à atuação concreta da administração, particularmente no domínio de implementação de políticas públicas e ¹⁰⁸ Deste modo, torna-se essencial defender a

acordo com Suzana TAVARES, a expressão *transconstitucionalismo* de Marcelo Neves é a que melhor reflete essa realidade. Nas suas palavras, o transconstitucionalismo designa «a pretensão normativa de uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas», com vista a se solucionar «o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas». — Seguimos de perto, SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (*fundamental*)...», pág. 7-9. Cfr. também NEVES, Marcelo, (*Não*) *solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões*, in *Lua Nova*, São Paulo, 93: 206 ss, 2014 <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

¹⁰⁶ Note-se que esse é assunto liderado por ideologias políticas, porém, não pretendemos dirigir nesse sentido a nossa reflexão.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 8 ss.

O caso mais próximo que temos da previsão da eficiência no texto constitucional, é a Espanha (art. 31.2), verificando-se o mesmo na Áustria — crf. ARNOLD, Konrad, «Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktionen und Garantien eines sachgerecht flexiblen Legalitätsprinzips», em Konrad Arnold e outros (editores), *Recht — Politik — Wirtschaft: Dynamique Perspektive — Festschrift für Norbert Wimmer*, Viena, Springer, 2008, p. 9 *apud* OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *op. cit.*, 294.

Assim, pode-se ler na Constituição de Espanha que "a despesa pública fará uma alocação equitativa de recursos públicos, e sua programação e implementação atenderão aos critérios de eficiência e economia." (tradução nossa)

«En sede de los principios que rigen el funcionamiento de los poderes públicos en general (eficiencia: art. 31.2 CE) y de las Administraciones públicas en particular (eficacia: art. 103.1 CE), la Constitución española resuelve uno de los clásicos problemas de conciliación entre las cláusulas de Estado social y Estado de Derecho, ya que integra criterios de desempeño o de performance entre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico o, en otros términos, integra parámetros de oportunidad dentro del canon de la legalidad al que están sometidos todos los poderes públicos en un Estado de Derecho (PAREJO ALFONSO, 1995: 108, 137)». VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio...», pág. 97- 100.

¹⁰⁸ Nesse mesmo sentido, com relação ao «novo» princípio da razoabilidade previsto agora na Constituição da República Portuguesa, o qual revela uma manifestação da aproximação do modelo da common law — SILVA, Suzana Tavares da, «O Princípio da Razoabilidade», in Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves/ Tiago Serrão (Coord.), *Comentários ao novo CPA*, 2.^a Ed., aafdl, 2015, pág. 208.

Creemos que a vinculação do princípio da eficiência às autoridades administrativas (para além dos domínios típicos da organização e do procedimentos) permite superar o entendimento (em partes sustentado pela consolidação do paradigma da legalidade da administração, o qual ainda se encontra em tempos de crise) que relega a eficiência ao espaço de livre conformação do legislador, com a consequência de se agigantarem os esforços levados a cabo com vista ao seu controlo, considerando o limite inultrapassável da separação entre os poderes no contexto de um Estado de Direito democrático.- CALVÃO, Filipa Urbano, *op. cit.*, 333, SILVA, Suzana Tavares da, «O Princípio (*fundamental*)...», 4 e 11.

importância da sua consagração expressa, a afirmação de um conteúdo consistente, e mecanismos de controlo interno e externo, e bem assim, um modo próprio de aplicação, logrando, por outro lado, a garantia da confiança geral dos contribuintes e certeza na realização do direito.¹⁰⁹

Porém, boa parte da doutrina apressa-se em antever a esse problema da autonomia da eficiência.

Desde logo, uma parte entende de que a mobilização do princípio da eficiência no contexto da administração pública é justificada pelo modelo de Estado Social. Um argumento que ganha maior relevo, perante a circunstância atual do Estado assumir a elevada importância da atuação eficiente da administração pública em geral, (*máxime*, a Administração tributária).¹¹⁰

Por sua vez, de acordo com João LOUREIRO, uma compreensão global do texto constitucional transmite a convicção da dignidade constitucional do princípio da eficiência, além de que existem referências manifestamente claras, reconduzíveis à noção ampla de eficiência, exigindo-se a racionalização de meios, quer em termos da organização administrativa, quer no domínio dos procedimentos. Por outro lado ainda, o princípio da eficiência, enquanto princípio de celeridade, é passível de ser uma exigência dos direitos fundamentais, designadamente nos procedimentos de asilo.¹¹¹

No mesmo sentido do exposto, Andreia OLIVEIRA vem notar, ainda que com necessidade de aprofundamento, que os princípios existentes na ordem jurídica portuguesa,

¹⁰⁹ Apoiamo-nos aqui, de forma bastante particular, na compreensão de Suzana Silva, sendo certo que outros autores como, Assis Raimundo e Filipa Calvão (com mais reservas) estão convictos da «extrema utilidade» da autonomização do princípio da eficiência, posicionando-se em prol de uma maior operacionalidade e precisão do mesmo — «o princípio (fundamental) da eficiência», pág. 3, CALVÃO, Filipa Urbano, *op. cit.*, 333, RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.* . 280-281.

As vantagens dessa posição refletem-se em vários sentidos. Do ponto de vista do poder judicial, como da administração e dos cidadãos. Relembremos que a postura atual dos sujeitos (clientes, pagadores ou contribuintes) perante a Administração, é de constante escrutínio da gestão diligente dos recursos colocados sob o seu encargo para administrar, ainda que alguns insistam no entendimento de que essa vigilância decorre da adoção acrítica de conceitos empresariais estrangeiros, a qual se atribui uma ligação íntima às políticas neo-liberais, estando aquelas ao seu serviço. — RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, 273- 274, «Administração da saúde em tempos de crise», in Pedro Gonçalves/ Carla Amado Gomes/Helena Melo/ Filipa Calvão (coords.), *A crise e o Direito Público (VI Encontro de Professores portugueses de Direito público)*, Lisboa, 2013, pp. 133 ss, 145. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Consulta a 10/09/17 , RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, 281.

¹¹⁰ SILVA, Suzana Tavares da, RIBEIRO, Maria de Fátima, *Trajectórias de sustentabilidade, Tributação e Investimento*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 278.

¹¹¹ LOUREIRO, João, *op. cit.*, pág. 133.

permitem o controlo da eficiência dos poderes públicos, sanando essa aparente «lacuna». Por outras palavras, a autora entende que não se requer na dogmática jurídica a inclusão de um «um novo princípio», dado que os princípios tradicionais de Direito público têm a vocação adequada para fazer face aos desafios que aquele pretende responder.¹¹²

1.3. Eficiência no plano organizatório

No domínio da organização administrativa, o legislador deixou de autonomizar o critério da eficiência. Vemo-lo, assim, precipitado em fórmulas de conteúdo impreciso: “evitar a burocratização” (art. 267º, 1), “descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação” (art. 267.º, 2) ou “processamento da atividade administrativa (...) [de acordo com] a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços”. Trata-se assim, de mais uma evidência que é no plano transconstitucional que este critério adquire densidade. Recorde-se que o sistema organizacional português é informado por imposições europeias, seja diretamente, na medida em que urge racionalizar a despesa pública com vista ao cumprimento dos critérios orçamentais do Pacto de Estabilidade e Crescimento, seja pela via «quase-direta», no contexto do «direito administrativo transnacional».¹¹³

1.4. O Problema da eficiência enquanto parâmetro de controlo¹¹⁴

Uma boa parte da Doutrina reconhece o valor da boa administração (como eficiência) no seio da Administração, enquanto medida que orienta a busca da melhor solução para realizar o interesse público. E portanto, a juridicidade desse princípio é ponto assente. Contudo, a sujeição da Administração a esse mesmo princípio, gera um *dever jurídico imperfeito*, dado que não existe *sanção jurídica*¹¹⁵. Porém, isso não significa que não haja consequências jurídicas decorrentes da violação do princípio em análise. A mesma pode fundamentar a responsabilidade disciplinar do trabalhador ou dirigente; poderá ter impactos na avaliação de desempenho; constituir fundamento de impugnações administrativas ou fundamento de

¹¹² OLIVEIRA, Andreia, *op. cit.*, pág. 298-299.

¹¹³ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 9.

¹¹⁴ Seguimos de perto nessa reflexão, RAIMUNDO, Miguel Assis, «Os princípios...», pág. 288.

¹¹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do, *op. cit.*, pág. 47., MONCADA, Luís Cabra de, «Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance», in Augusto de Athayde/João Caupers/Maria da Glória F. P. D. Garcia, *em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010.*, pp. 661 ss., 710.

revogação por motivo de interesse público, e ainda, ações de orientação e controlo dentro do aparelho administrativo¹¹⁶.

Como dissemos, não se contesta a juridicidade da eficiência, mas possibilidade de controlo jurisdicional, dado que em abstrato, essa «não comporta uma proteção jurisdicional»¹¹⁷. Ou seja, o seu limite é tão-somente a esfera intra-administrativa¹¹⁸. Nessa medida, está vedada aos tribunais a invalidação dos atos administrativos, ou a conceção de tutela preventiva contra uma ameaça da prática de um ato de natureza económica, dado que o contrário, constituiria uma invasão do núcleo do mérito da administração, e consequentemente ficaria lesada a separação de poderes.

Contudo, salvo o devido respeito pelas contribuições da doutrina até agora citada, não alinhamos na ideia de limitação da relevância jurídica da boa administração, em especial, a sua pretensa natureza não invalidante.

Essa tese tem como fundamento a ideia de que a boa administração como eficiência não estaria apta para constituir direitos subjetivos dos particulares, resultando daí a ideia comum, que anula ou reduz a justiciabilidade do princípio. Ainda que assim fosse, trata-se de um argumento frágil. Desde logo, dado a existência de um conjunto de formas de legitimidade processual que não dependem da existência de um direito subjetivo afetado: pense-se, por exemplo, como sabemos, no caso do Ministério público; o presidente de um órgão colegial relativamente aos atos aprovados pelo mesmo órgão; ou cidadãos residentes num dado concelho, para impugnar os atos dos órgãos autárquicos (art. 55.º, n.º1, al. b) e e) e n.º2, respetivamente, do CPTA. O sistema do contencioso administrativo dará tutela aos indivíduos, em quaisquer um desses casos em que pretendam agir contra um ato violador da economia, eficiência e eficácia.¹¹⁹

¹¹⁶ Note-se, desde logo, que no desenrolar dessa problemática, a eficiência é tratada pelos autores sob a designação de boa administração, no seguimento da consagração do art. 5º no novo CPA. Uma compreensão com a qual não nos identificamos, pelos motivos que já foram mencionados, mas que demonstra o seu «estado de arte». Por outro lado, dado o objetivo dessa reflexão, entendemos que essa associação não parece afetar a essência da discussão, e o princípio da coerência, antes pelo contrário.

¹¹⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, *op. cit.*, pág. 47.

¹¹⁸ SOUSA, M. Rebelo de, MATOS, A. Salgado, *Direito Administrativo*, I, pág. 207.

¹¹⁹ Refira-se, em defesa desse entendimento, que Rhita Bousta afirma existir um o estado de desatualização da dicotomia administrado/administração, referindo um caso em que o princípio da boa administração é convocado pelo juiz europeu para resolver os imperativos de eficácia e garantia dos destinatários em causa. T.P.I.C.E, 2º CH., ORD.19 JUIIN 1996, N.M.H. Stahlwerkr GmbH c/ Comissão, aff. 134/94 et s., rec. 1996, p. II-537 BOUSTA, Rhita, *Essai sur la...*, apud pág. 199. Por outro lado, faz referência, ainda a decisão do Tribunal Supremo espanhol de 11 de Junho de 1991. Nesse caso, o juiz devia decidir sobre a adjudicação de um contrato para obras públicas, pelo que o relatório dos peritos estabelecia que todos os concorrentes deveriam ter um alto grau de competência e experiência e disposessem de recursos suficientes (pessoal e máquinas). No entanto, a empresa candidata contestou a escolha da administração que não optou pela empresa de menor custo. O juiz por sua vez deu razão a essa sociedade, sob o fundamento de que «réaliser un ouvrage

E com isso entramos noutra ponto que nos parece mais defensável, que é o da maior relevância prática, do princípio da boa administração como eficiência, em determinadas áreas, como no domínio da responsabilização dos trabalhadores e dirigentes perante a administração, ou a título de responsabilidade civil perante os particulares¹²⁰. Note-se, desde já, que com esses exemplos, não tencionamos concluir pela inaplicação do princípio para operar como fundamento de invalidação de uma conduta administrativa.

Por outro lado, na metodologia de aplicação do direito, em regra, qualquer princípio que seja realmente normativo, (e jurídico) goza de um tipo de vinculatividade que pode levar à invalidação de atuações que sejam desconformes com os mesmos. E nesse sentido podemos argumentar acerca de um papel mais reduzido de uma norma, ao contrário do que à partida pudesse parecer, diante de todo o ordenamento jurídico (e.g. o dever da Administração de utilizar meios eletrónicos — art. 14.º, n.º 1 do CPA).

Todavia, tal não sucede no caso do princípio da boa administração como eficiência, o qual emite um claro comando dirigido à administração, para aplicar critérios de eficiência em toda a sua atividade, quer no âmbito da sua organização, quer no âmbito dos procedimentos e no conteúdo das suas decisões. Desta forma, entende-se que o mesmo deverá ter o mesmo grau de alcance e vinculatividade que os outros princípios que funcionam como limites à margem de livre decisão da administração.

Outro argumento que o autor contesta, é aquele segundo a qual, o critério da boa administração é meta-jurídico. Assim, dado que os tribunais só podem aplicar critérios jurídico-normativos, não era admissível o controlo jurisdicional da boa administração, tratando-se da esfera do mérito.

Porém, entendemos que o carácter jurídico-normativo do princípio da eficiência é inequívoco, e o seu sentido de otimização da relação entre meios e o fim, maximizando as vantagens, não levanta dúvidas.

public, la rationalité des principes de bonne administration impose le choix de la meilleure offre économique, au moins lorsque aucune raison sérieuse n'est évoquée à l'encontre de ce critère». Portanto, o juiz ou o argumento de que a racionalidade da boa administração deve, portanto, levar à adjudicação do contrato ao requerente e não a outra empresa cujo custo de trabalho foi maior. — Seguimos de perto, BOUSTA, Rhita, *op. cit.*, pág. 178.

¹²⁰ Não podemos deixar de notar a incongruência dessa tese. Não se justifica, que ao mesmo tempo que se assumam o postulado de natureza imperfeita do dever de boa administração, se admita que o juiz decida sobre a violação da boa administração para efeitos de responsabilidade civil. De acordo com essa tese, poderia invocar-se responsabilidade por funcionamento ineficiente de um hospital, mas está vedada a possibilidade de invalidar atos que tivessem criado essa situação, nem a mesma situação poderia ser evitada, perante a ameaça da sua prática. - RAIMUNDO, Miguel Assis, «Os princípios...», pág. 288.

Em defesa do exposto, refira-se o caso da doutrina italiana (não sem tensões), que a par da jurisprudência, vem assumindo que a boa administração deve hoje considerar-se um parâmetro de validade da conduta administrativa, quer seja entendida como legalidade (*legimità*) no contexto do vício do excesso de poder (*eccesso di potere*), quer se trate do vício de violação da lei ¹²¹.

Por sua vez, há o receio legítimo que o controlo do princípio da boa administração pelos Tribunais possa conduzir a uma dupla administração¹²². No entanto, sublinhe-se que a existência de um controlo jurisdicional efetivo sobre a administração não significa assumir as suas funções. O mesmo se pode dizer do Tribunal Constitucional, que no âmbito da realização das suas funções, controla a lei, que é produto da atividade pública, mas não «faz política». Desta forma, afirmamos que em abstrato, os tribunais estão aptos para controlar a atividade administrativa, nas suas diversas formas, mas sem se substituir ao administrador, que já conta com meios próprios de controlo do poder político.¹²³ Em concreto, perante um caso de iminência de invalidação da conduta administrativa, deverá, portanto, observar determinados pressupostos, sendo que esse o ponto carece de amplo aprofundamento pelos operadores do Direito.

Da nossa parte, já avançamos, a nossa pretensão em apelar à instituição da eficiência como parâmetro de controlo, priorizando um âmbito específico de aplicação: a atuação administrativa no domínio de implementação de políticas, as atividades das entidades no âmbito do setor empresarial do Estado e do exercício da função administrativa por via contratual¹²⁴.

¹²¹ Mesmo em Itália, onde a eficiência está consagrada na Constituição (art. 97.º), de acordo com Mario R. SPASIANO, “o princípio do bom andamento foi banido por longo tempo ao campo da metajuridicidade quer por parte doutrinal quer por parte jurisprudencial (em particular, a constitucional)”. Um fato que nos dá a indicação de que mesmo após o reconhecimento do princípio a nível constitucional, há um longo caminho de aceitação da sua natureza jurídica, impondo-se ainda, na nossa opinião um enorme esforço de aprofundamento dos seus limites e sentido axiológico, que possa assim, legitimar a sua justiciabilidade. — SPASIANO, Mario R., *op. cit.*, pág. 2.

¹²² De fato, esse pensamento reflete a tendência «desastrosa» atual dos tribunais administrativos no âmbito da sua tarefa de controlo — SILVA, Suzana Tavares da, «Princípio (fundamental)»...pág. 19.

¹²³ Nesse sentido também, SILVA, Suzana Tavares da, «Princípio (fundamental)»...pág. 19- 20

¹²⁴ SILVA, Suzana Tavares da, *O princípio (fundamental)*...pág. 21.

Mencione-se a esse propósito o processo de empresarialização dos serviços públicos, que culminou com a transferência para o regime financeiro Sector Público Empresarial, abandonando o regime do Setor Público Administrativo, e que contempla: i) a transformação de serviços públicos (seja na modalidade de e Estabelecimentos Públicos Empresariais ou Serviços Públicos Administrativos), sempre que se trate de entidades produtoras de serviços; e ii) aplicação do regime de gestão empresarial a organismos públicos sem natureza empresarial, tendo por objetivo o controlo do défice das contas públicas, no âmbito do programa de estabilidade financeira d União Económica Monetária — para um maior desenvolvimento, que aqui se impõe v. MOREIRA, Vital, *op. cit.*, pág. 188.

A escolha desses domínios de operatividade do princípio da eficiência, visa, essencialmente, por um lado, atingir as entidades que recorreram aos domínios do direito privado¹²⁵, escapando ao controlo dos tribunais administrativos. Um contexto que se caracteriza pela liberdade negocial, e uma vinculação fraca à lei, e que possibilita a Administração «furtar-se aos limites e condicionamentos estabelecidos pelo direito público, bem como substituir os tribunais administrativos pelos tribunais comuns como tribunais de controlo».¹²⁶

Por outro lado, tem que ver com a recente crise e diluição do princípio da legalidade, fruto da partilha do poder legislativo (outrora exclusivo ao Parlamento e o Governo) com o legislador europeu, e de forma reflexa, com organizações internacionais. Um cenário jurídico-político que resulta na necessidade de conformação da atividade de implementação das políticas, (e essas próprias), com outros princípios, designadamente: a eficiência, prevenção, a racionalidade económica, e a interpretação da lei em conformidade com esses princípios, as quais permitem assim, construir um novo «equilíbrio de forças» entre os atores internacionais e nacionais (públicos e privados). De fato, a circunstância das políticas dessas entidades externas assentarem em complexos padrões de tecnicidade, leva a uma tarefa de articulação entre os Estados, num momento caracterizado pela criação e inovação, que compete (este sim) à Administração.

Acresce ainda, que as entidades de regulação do mercado global dispõem de regras, que se limitam tão-somente por princípios como a eficiência, a eficácia e a economicidade, critérios materiais de serviço público, e critérios técnicos e de atualização tecnológica permanente e, por fim (e só mesmo no fim) a garantia da dignidade da pessoa humana¹²⁷.

Esse é nada mais nada menos que um cenário amplo e de elevada complexidade que determinou a entrada em cena desse princípio apto o suficiente para operar como parâmetro de controlo: o princípio da eficiência¹²⁸.

2. Mecanismos de controlo

Fica claro com o exposto, que o ordenamento jurídico assenta cada vez mais em normas que visam tão-somente definir finalidades a nível global, cabendo à administração segui-las, sem que sejam tomados em devida consideração os diversos interesses que caracterizam os

¹²⁵ SILVA, Suzana Tavares da, *O princípio (fundamental)*...pág. 28.

¹²⁶ V., por todos, Vital MOREIRA, op. cit., p. 191-192.

¹²⁷ Relativamente a esse ponto, remeto novamente para o artigo de Avelãs Nunes, no ponto sobre a pretensa sociabilidade do projeto europeu: (nota 100).

¹²⁸ SILVA, Suzana Tavares da, *O princípio (fundamental)*...,12-16.

tempos atuais. Com efeito, urge um maior desenvolvimento das metodologias de controlo tradicionais, quer do ponto de vista do poder jurisdicional, quer do ponto de vista de controlo por entidades externas (extrajudiciais) que podem ser, devendo essas ser compatíveis com as feições do modelo do sistema administrativo português¹²⁹. É ponto assente, que a robustez (no sentido de capacidade de resposta aos desafios prementes) e gestão eficiente do aparelho administrativo requerem que o poder político adote estruturas de controlo adequadas¹³⁰, sob pena de passar a ser manifestamente clara a tendência de procurar reforçar a sua própria *imunidade*.

Dentre as sugestões avançadas pela doutrina, constam formas de autocontrolo público (e.g. *controlling*, *avaliação*)¹³¹ e de auto-controlo privado com supervisão pública (e.g. monitorização e reavaliação), num sentido de retorno à pronúncia administrativa prévia, com fundamento em razões de natureza técnica, cabendo ao poder judicial o controlo da juridicidade das suas soluções¹³². É proposto apenas que se prevejam mecanismos à altura dos tempos atuais, caracterizados por uma elevada de complexidade técnica, e «uma nova geografia jurídica estadual», com vista a concretizar os desafios de sustentabilidade, de acordo com os parâmetros de eficiência.¹³³

2.1. Controlo financeiro

A estrutura de controlo financeiro da Administração pública é, compreensivelmente, mais aberta à receção de critérios «extrajurídicos». Por isso, não hesitamos em fazer algumas observações estruturantes para a melhor compreensão final, da forma como o critério da

¹²⁹ V. por todos, RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pág. 287.

¹³⁰ É ponto assente, que a robustez (no sentido de capacidade de resposta aos desafios prementes) e gestão eficiente do aparelho administrativo, requerem que o poder político adote estruturas de controlo adequadas. — SILVA, Suzana Tavares, RIBEIRO, Maria de Fátima, *Trajectórias de sustentabilidade, Tributação e Investimento*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 278.

¹³¹ A esse propósito, pode falar do caso espanhol, de criação de *Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos*, pela Ley 28/2006, de 18 de julio. *A mesma tinha como missão* a criação de uma nova cultura de gestão, com base no desenvolvimento de administração por objetivos e avaliação de resultados, num quadro de maior flexibilidade e responsabilidade gerencial. Contudo tratou-se de uma iniciativa que não teve grande êxito. — VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *op. cit.*, pág. 110.

¹³² SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 19

¹³³ Assumimos, à partida, a pré-existência de um sistema de controlo jurisdicional efetivo da atividade administrativa, para formular apenas as sugestões no sentido de uma maior adaptação da estrutura pré-existente.

Contudo, é preciso explicitar, um ponto essencial. No caso de controlo da eficiência da atuação administrativa, (entendido o princípio nos termos atrás avançados), quer no domínio de implementação de políticas, quer no âmbito do setor empresarial do Estado, esse princípio opera como medida de escolha do fim a prosseguir, um momento em que são tomados em consideração pelo juiz, todos os elementos fáticos e normativos existentes aquando da decisão. — SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 20

eficiência é articulado nesse domínio. Desde logo, abordaremos esse ponto, partindo de uma distinção base entre: o controlo interno e o controlo externo.¹³⁴

O controlo financeiro externo designa uma atividade levada a cabo por uma entidade pública independente e externa relativamente à entidade que controla. Fala-se a esse propósito de uma Instituição Superior de Controlo¹³⁵. Por sua vez, o controlo interno insere-se na própria estrutura do aparelho administrativo.¹³⁶

No ordenamento jurídico português, a distinção é feita com base no *critério do posicionamento* do órgão ou serviço de controlo relativamente à entidade controlada.¹³⁷ Contudo, de acordo com Paulo NOGUEIRA COSTA, trata-se de num critério insuficiente, mesmo se conciliado com o critério da natureza do órgão de controlo, dado que permite uma sobreposição ou mesmo a ausência de controlo. Desta forma, no que se segue, tentaremos precisar ao máximo essa distinção.¹³⁸

A *International Organisation of Supreme Audit Institutions —INTOSAI—* com base nesse critério do órgão de controlo, acolhido na *Declaração de Lima*, define o controlo interno como um processo integral e dinâmico, que integra gestores e demais pessoal de um organismo, nos seus diversos níveis, com o objetivo de avaliar os riscos e contribuir para a consecução dos objetivos gerais desse organismo e para o cumprimento das respetivas missões.¹³⁹

Sublinhe-se aqui as dimensões de avaliação de riscos, e gestão orientada para os objetivos da entidade em causa, a qual abrange a componente de economia, eficiência, eficácia, legalidade e regularidade da gestão. Acometida

VALLÉS VIVES faz essa mesma distinção, com base no ordenamento jurídico espanhol, referindo-se à atividade fiscalizadora das Instituições Superiores de Controlo, como: «...a função de controlo exercida de forma permanente e *a posteriori*, sobre a atividade

¹³⁴ JOSÉ F. F. TAVARES, “Sistema nacional de controlo: controlo interno e controlo externo”, Revista do Tribunal de Contas, n.º 26, Julho-Dezembro de 1996. Pág. 61 ss

¹³⁵ De acordo com o art. 214.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), a Instituição Superior de controlo que exerce o controlo financeiro no Estado Português é o Tribunal de Contas. Voltaremos a esse ponto adiante.

¹³⁶ COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 35.

¹³⁷ V. TAVARES, JOSÉ F. F., *op. cit.*, pág. 67— O controlo interno (ou autocontrolo) é desenvolvido por um órgão/serviço inserido, por exemplo, na estrutura de um instituto público ou de uma autarquia local — art.º 53, n.º1, al. a), do DL n.º 155/92, de 28 de Julho. O autor aponta a «nota de relatividade» presente nos vários níveis de controlo interno que podem existir, sendo certo que alguns se apresentam inclusive com um carácter externo. É o caso, por exemplo, da Inspeção-Geral de Finanças, que relativamente àquelas micro-organizações, exerce um controlo externo.

¹³⁸ V. TAVARES, JOSÉ F. F., *op. cit.*, pág. 67.

¹³⁹ V. COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 36

administrativa, a composição económica e a gestão das entidades que compõem o setor público e que têm como finalidades: i) a verificação da documentação contabilística relativa à utilização dos fundos públicos (controlo de legalidade); ii) a promoção de uma gestão pública rigorosa; e iii) a regularidade da ação administrativa, que deverá atender aos princípios da legalidade, *accountability*, eficácia, eficiência e economia.”¹⁴⁰

Consideremos em primeiro lugar, o elemento temporal presente na referida noção. Se de acordo com o autor, o controlo externo é um controlo a posteriori, podemos inferir *a contrario sensu*, que o controlo interno será feito a priori. No entanto, o autor avança tratar-se de uma característica tendencial, e que por isso não vincula todas as Instituições. Atualmente, note-se que a maioria das Instituições Superiores de Controlo dos países desenvolvidos, designam a tarefa de fiscalização prévia às entidades de controlo interno, permitindo os órgãos de controlo externo dirigir os seus meios à fiscalização sucessiva, através da realização de auditorias de natureza diversificada¹⁴¹.

Por sua vez, o elemento material do controlo apontado na conceitualização realizada por VALLÉS VIVES, integra uma noção ampla de legalidade da atividade administrativa, e critérios da eficácia, eficiência e economia. Assim, à análise de racionalidade económica da gestão de fundos públicos, e à legalidade substancial do controlo externo, contrapõe-se a tendencial legalidade estrita e regularidade financeira, em que incide o controlo interno¹⁴².

Quanto à amplitude do controlo, podemos dizer que, tendencialmente, o controlo interno incide fundamentalmente, sobre atos e contratos administrativos individualmente considerados (microcontrolo); enquanto o controlo externo incide sobre toda a atividade financeira pública ou sobre determinados setores ou programas (macrocontrolo),⁴⁷ enquanto o controlo externo é um macrocontrolo.⁴⁸

Nesse momento, numa caracterização que se prevê mais harmonizada com as diversas tendências que se verificam, cremos poder reunir as notas que caracterizam as formas de

¹⁴⁰ *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*, Bruxelas, 2004

¹⁴¹ O argumento é de que as mesmas podem desenvolver com maior sucesso a avaliação do mérito da gestão pública, atendendo a critérios de economia, eficiência e eficácia. — RICHARD MULGAN, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Houndmills, 2003, p. 85 apud COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 37; VALLÉS VIVES, Francesc, *El control externo del gasto público: Configuración e garantía constitucional*, Madrid, 2003, p. 140 apud COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 37 apud COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 37

Note-se que relativamente a esse modelo (que não se identifica com o de Portugal), o autor tem a assinar a seu entendimento no sentido da aptidão da fiscalização prévia para evitar consequências graves para as finanças públicas nacionais, sendo certo que o seu grau de relevância e eficácia dependem do regime jurídico concretamente implementado, COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 37

¹⁴² COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 38.

controlo em análise. Assim, o controlo financeiro externo é um controlo i) exercido por um órgão técnico independente da entidade controlada, ii) realizado, em regra, *a posteriori*, (iii) e que tem em vista a garantia da legalidade substancial da gestão, iv) operando, tendencialmente, a um nível macro (macrocontrolo). Por outro lado, podemos perspetivar o controlo interno como aquele que é (i) exercido por um órgão integrado na Administração ii) realizado, em regra, *a priori*, iii) que visa avaliar os riscos da gestão (iv) e garantir a estrita legalidade financeira dos atos de gestão, iv) operando, tendencialmente, a um nível micro (microcontrolo).¹⁴³

Após essa breve conceitualização, teremos em conta no ponto que se segue, o controlo da atividade financeira exercida pelo Tribunal de Contas, com particular enfoque num caso, que servirá de ponte para averiguarmos a conformidade das suas decisões com o sentido do princípio fundamental que temos vindo a abordar: o princípio da eficiência.

Sem o propósito de nos atermos a aspetos históricos, e ao estudo da organização desse Tribunal, faremos o seu enquadramento jurídico, orientado para a nossa reflexão sobre os termos em que as competências e atribuições que lhe são cometidas por lei, são articuladas com a promoção e o controlo da eficiência, bem como o papel que é conferido (além da letra da lei) ao referido princípio, atendendo às elevadas exigências do contexto atual globalizado, caracterizado pelo aumento da necessidade de mecanismos de responsabilização do Estado e da multiplicação dos parâmetros de racionalidade.¹⁴⁴

¹⁴³ Repare-se, como temos vindo a sublinhar, que não é possível definir previamente as características que distinguem essas duas dimensões de controlo, sendo-nos possível apenas apontar uma distinção aceitável. Portugal, é um exemplo de países, em que o órgão de controlo externo que exerce a fiscalização prévia, pelo que têm de analisados, individualmente, atos e contratos administrativos. Inclusivamente, os órgãos de controlo interno também exercem controlo *a posteriori*, através da realização de auditorias, o que faz com que o controlo exercido vá para além da mera análise individualizada de atos ou contratos administrativos. — Seguimos de perto, COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁴⁴ Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 20 e 29, no mesmo sentido, COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *O Tribunal de Contas...*, pág. 200 e 202.

A etimologia do termo responsabilidade encontra-se associada à ideia de compromisso, e a prestação de contas a outrem pelos atos realizados, bem como apresentação dos seus devidos resultados (*accountability*) constituem o seu elemento caracterizador. — cfr. COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *op. cit.*, pág. 206. Tal como postula GOMES CANOTILHO, a ideia de “governança responsável” é indissociável da “essência do Estado”, o que justifica “o desenvolvimento sustentado, centrado na pessoa humana”, bem como a garantia de uma “democracia assente no Estado de Direito”, e um “sistema de governo transparente e responsável”. — cfr. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra, 2006, pág. 328.

É importante sublinhar, que tanto como a Doutrina, diversas organizações internacionais (designadamente, as Nações Unidas, a União Europeia) apontam a *responsiveness* do Estado como a trave-mestra para o alcance e das dimensões da boa governança: «a participação; o respeito pelo Estado de Direito; a transparência; a *responsiveness*; a orientação para os consensos; a igualdade e a inclusividade; a eficácia; a eficiência; e a *accountability*», sublinhando, como fez a nossa Doutrina, aquela que se deve configurar como sendo a finalidade última do Estado: o *desenvolvimento humano sustentável* — cfr. UNITED NATIONS – Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, “What is Good Governance? Acesso a 25/8/17. Disponível

2.1. A atuação do Tribunal de Contas

Importa lembrar, que não cabe aos tribunais administrativos a função de controle da eficiência da Administração — entendida a eficiência de forma puramente economicista.¹⁴⁵ Isto é um dado assente.

Porém, como já vimos, e é preciso lembrar, verifica-se uma «cultura de autocontenção» dos tribunais administrativos, no que toca ao controlo da atividade administrativa, perante o receio de interferir no domínio da política, e exceder os limites de suas funções, leva a que se limitem ao controlo de legalidade. Uma atuação, que de resto, não compreendemos, como também demonstramos. Desta forma, os Tribunais de Contas passaram a assumir (com bastante dificuldade) essa tarefa, sob o argumento de esses estarem a atuar como guardiões da “boa gestão financeira”.¹⁴⁶

Dito isto, atentemos agora para o papel do Tribunal de Contas¹⁴⁷.

A Constituição reconhece a esse Tribunal, o estatuto de «órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe» - art. 214º da CRP. Definido como um verdadeiro Tribunal, está incluído na categoria dos órgãos de soberania. — arts.º 110.º, n.º1 e 209º, n.º 1 e da CRP.¹⁴⁸

Na medida em que essas competências são passíveis de serem ampliadas por autorização expressa da Constituição¹⁴⁹, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, na sua versão atual, acrescentou ao quadro de competências desse tribunal a fórmula ampla de «apreciação da boa gestão financeira» —art.1.º, n.º1.

A par de poderes jurisdicionais de julgamento de contas e a efetivação de responsabilidades financeiras, o Tribunal de Contas dispõe também de poderes não jurisdicionais (ou de fiscalização): dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas, verificar as contas dos organismos, serviços ou entidades sujeitos à sua prestação; realização de auditorias, por iniciativa própria, às entidades do artigo 2º, da Assembleia da República ou Governo e fiscalizar a cobrança dos

em: <www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp>, 2007. Voltaremos esse assunto mais adiante.

¹⁴⁵ LOUREIRO, João Carlos, *op. cit.* 134.

¹⁴⁶ Cfr. Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁴⁷ Seguimos de perto, SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 21 ss.

¹⁴⁸ TRIBUNAL DE CONTAS — *O Tribunal de Contas na actualidade*, pág. 3. Disponível em: <http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade.shtm>. Acesso a 27/8/17.

¹⁴⁹ Nos termos da al. d) do art.º 214, compete ao Tribunal de Contas o exercício «das demais competências que lhe forem atribuídas por lei».

recursos próprios e a aplicação dos recursos financeiros oriundos da UE; e emitir recomendações — arts. 5.º e 6.º da LOPTC.

O âmbito subjetivo do controlo financeiro é delimitado com base num critério de natureza objetiva: a atividade de administração de dinheiros públicos — art.2.º da LOPTC. Assim, além dos serviços e organismos do tradicional sector público administrativo (central, regional e local), estão abrangidas as Entidades Públicas Empresariais (EPE), sociedades de capitais públicos, sociedades de economia mista controladas e participadas, empresas concessionárias de serviços públicos, e por fim, a todas as entidades, públicas ou privadas, que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias de dinheiros ou outros valores públicos.¹⁵⁰

No seu estudo sobre a eficiência, Suzana Tavares da SILVA, elencou vários casos de decisões judiciais, cuja natureza é duvidosa. A autora entende que na sequência da “apreciação da boa gestão financeira” os Tribunais de Contas estenderam os seus poderes muito além do controlo da legalidade das despesas públicas, interferindo em questões ligadas à racionalidade económico-financeira de algumas decisões no âmbito da designada atividade administrativa de implementação de política.¹⁵¹

As decisões desse Tribunal¹⁵² fundaram-se nos arts. 5º/1/c) e 44º/3/c) da Lei do Tribunal de Contas, nos quais se prevê o poder de aquele tribunal “fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtração de atos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas” e o poder de recusar o visto

¹⁵⁰ Resultou das alterações da LOPT de 2006, a consagração do princípio da perseguição do dinheiro e valores públicos, como consequência do alargamento do âmbito de controlo do Tribunal em análise. Assim, independentemente da natureza da entidade que o detiver esses dinheiros, esta encontrar-se-á sujeita ao referido controlo. — v. *O TRIBUNAL DE CONTAS...pág. 4.*

¹⁵¹ Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, pág. 22-23 ss.

¹⁵² Trata-se aqui do Acórdão n.º 169/09 (Proc. 585/09), de 23.11.2009, no qual o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de subconcessão entre a Estradas de Portugal, S.A. e a AELO – Auto-estradas do Litoral Oeste, S.A., entre outros fundamentos, por não terem sido realizados os estudos do comparador público legalmente exigidos para a celebração de uma parceria público-privada.

Antes de mais, cumpre-nos lembrar que estamos no domínio que já avançamos como sendo «de atuação privilegiada» do princípio da eficiência.

Este é um caso paradigmático também por inserir as tão discutidas parcerias.

com fundamento na desconformidade do ato com as leis em vigor, que implique “ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro”.

Por outras palavras, essa extensão dos poderes de controlo dos Tribunais de Contas tem servido de respaldo para que, a propósito do controlo da legalidade, os Tribunais controlem o princípio da eficiência na atividade administrativa de implementação de políticas.¹⁵³

E importa ressaltar a contrariedade que constitui a interferência na «racionalidade económico-financeira» do Estado, num momento em que não está assente a dignidade da eficiência como parâmetro de controlo dos Tribunais.

A esse propósito, Suzana Tavares da SILVA entende que: ou se aceita a integração da eficiência no ordenamento jurídico como princípio jurídico fundamental, como expressão de sua transconstitucionalidade, sendo possível (agora sim) a sua mobilização por órgãos de controlo, ou afastamos essa perspectiva, com a consequência prática de se levantar um limite nas funções do controlo por parte desse Tribunal, por se tratar de uma matéria de escolha política.¹⁵⁴

Em quaisquer dos casos, sublinhe-se que o controlo deverá ser sobre as medidas de implementação da política e não sobre o seu modo de execução, ou seja, a eficácia da política ou um controlo político da gestão orçamental.

Essa questão atual, a julgar pelo número de Acórdãos do Tribunal de Contas¹⁵⁵ nessa matéria, vem reforçar a necessidade de «recriação» e adaptação de mecanismos de controlo capazes de responder os desafios do direito administrativo atual. Julgamos importante ressaltar que os princípios de *sustentabilidade*, *solidariedade intergeracional*, e *eficiência* traçam, reconhecidamente, no contexto de economia global e partilha de experiências (marcada por avanços e retrocessos) a nível europeu, um perfil autêntico de excelência, no apoio ao controlo da atuação administrativa.¹⁵⁶

Com esse estudo, refletimos sobre a razão pela qual um controlo financeiro externo não se pode ater a aspetos estritamente financeiros e contabilísticos, sob pena de se tornar manifestamente insuficiente para responder aos desafios da boa governação, designadamente ao da racionalidade da gestão.

¹⁵³ Ibidem, pág. 23.

Importa lembrar que há uma margem de liberdade típica da função primária do poder político, a qual não deverá ser controlada, senão por meios políticos.

¹⁵⁴ Ibidem, pág. 28 ss.

¹⁵⁵ Ibidem, pág. 25.

¹⁵⁶ SILVA, Suzana Tavares da, «o tetralema...», pág.

3. Desafios do novo direito administrativo

Cumpra-nos aqui, resumir os problemas que impõem um olhar atento¹⁵⁷:

i) adoção de novas formas de controlo, nomeadamente de controlo de resultados, realizado a partir de indicadores de desempenho estipulados de forma precisa nos contratos de gestão.

ii) orientação da administração pública sob um modelo gerencial ao controlo dos resultados, contrariamente à primazia dada ao controlo das normas e procedimentos, que eram as notas caracterizadoras do modelo burocrático weberiano.

iii) A adaptação de estratégias orientadas para garantir o carácter operativo medir a produtividade do trabalho e indicadores de eficiência.

iv) Busca de forma mais efetivas para implementar políticas públicas;

v) Crescente pressão de grupos empresariais e da indústria no sentido de promover um sector público de economia diversificada, com uma estrutura adequada ao desenvolvimento de negócios, bem como os incentivos ao investimento, e que priorize o fornecimento eficiente dos serviços.¹⁵⁸

vi) O atraso no desenvolvimento e na implementação de políticas; o sistema da rotatividade política demonstra-se um fator de instabilidade na administração pública; a falta de capacidades para a elaboração das políticas agravadas pela rotatividade; a deficiência no sistema de responsabilidade causado pela falta de instituições essenciais como instituições de auditorias;

Esses e outros desafios enfrentados pelo Estado serviram de respaldo à tendência global no sentido de se realizar determinadas reformas administrativas, designadas pelo conceito do *New Public Management* - NPM.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Seguimos de perto, RESTREPO-MEDINA, Manuel Alberto. *La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n. 2, pág. 130-131.

¹⁵⁸ Seguimos de perto, Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública? Qué tomar y qué dejar?», in *Reforma y Democracia*. No. 13 (Feb. 1999). Caracas. p. 2.

¹⁵⁹ Doravante, NPM.

O *New Public Management* designa a reforma da Administração Pública que teve lugar no Reino Unido durante o Governo de *Margaret Thatcher* e que foi depois implementada noutros países (EUA, Canadá), continuando os seus princípios orientadores a servir de base às reformas que têm vindo a ter lugar em Portugal e outros países europeus. Referimo-nos ao «estabelecimento de planos estratégicos, estruturas de decisão central e execução descentralizada, concentração das tarefas de Estado em privatização das que não integram o núcleo da função estadual, transformação dos cidadãos em clientes, prestação de serviços públicos em regime de

4. Sobre o New Public Management

Desde logo, não obstante as críticas tecidas em relação a este, nomeadamente sobre o mesmo ser um “vinho velho em odres novos”¹⁶⁰, entendemos que esse fenómeno, logrou a intensificação pelo Estado da busca por respostas que respondam a problemas que no fundo são próprios de um contexto político marcado por várias mudanças. Não encontramos uma conceitualização desse paradigma realizada pela Doutrina, no entanto, é de entendimento geral tratar-se da proposta de uma abordagem mais económica e gerencial da administração pública.

No entanto, dado a dificuldade em se precisar um conceito tão vasto, buscaremos delimitá-lo através de duas concepções fundamentais. A primeira designa a NPM como a união de duas correntes de ideia. Por um lado, a mesma que deriva da nova economia institucional, integrando a discussão de novos princípios administrativos, nomeadamente a contestação, a escolha do consumidor/utilizador, a transparência e a ênfase à estrutura de incentivos. Por outro lado, a corrente que tende a afastar a aplicação dos princípios de gestão do sector empresarial privado ao sector público. No fundo, esta concepção estrita da NPM caracteriza-se pela ênfase à gestão de contratos, a introdução de mecanismos de mercado no sector público, e a vinculação do nível de desempenho à remuneração. Em países como a Nova Zelândia, Reino Unido e Dinamarca, sendo esses dois últimos em menor escala, realizou-se várias reformas que se identificam com essa noção que vimos. Porém, muitas críticas feitas à NPM denunciam a sua correspondência a um paradigma considerado simplista, centrado exclusivamente no aumento da eficiência.¹⁶¹

Por outro lado, numa perspetiva mais ampla que põe de parte a visão filosófica, o NPM é entendido como uma série de respostas às pressões sofridas pelos Estados. No entanto, como é de esperar a convergência entre as medidas adotadas, fruto da globalização, não significou um cenário idêntico entre os países, pois a o processo para a implementação daquelas é

mercado, controlo estratégico, organização por objetivos» Este adquiriu uma expressão diferente conforme os anseios levantados nos contextos onde teve repercussão. – cfr. SILVA, Suzana Tavares da, «O princípio (fundamental)..», pág. 5.

¹⁶⁰ De fato, esse paradigma não é totalmente uma novidade. As reformas realizadas em Alemanha, nos anos setenta, dão-nos conta do estabelecimento de várias agências na administração pública, por um lado, por influência da sua tradição neocorporativa, e por outro, devido à necessidade de dar resposta ao crescimento do sector público. Para além de o NPM ser um conceito global que evoluiu de forma independente em cada país, outro fato de novidade ligado este é o acesso às tecnologias modernas da informação que possibilitam o tratamento e análise de dados que dizem respeito ao desempenho da administração, sendo este um elemento faltava às reformas anteriores. – cfr. Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública?...», pá g.2.

¹⁶¹ Seguimos de perto, Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública?...», pág. 3.

condicionada pelos interesses políticos, as ideologias em torno do NPM, a dificuldade de concretizar princípios como a transparência, e sobretudo os próprios sistemas políticos e administrativos de cada país.¹⁶²

Assim, de uma Administração focada em procedimentos, transitou-se para uma conceção de Administração vocacionada para a obtenção de resultados, contrapondo assim os princípios clássicos do direito administrativo aos novos princípios gestionários da NGP.¹⁶³ Com efeito, a nova gestão pública assenta essencialmente:

- i) A gestão orientada para a garantia do desempenho (*performance management*)¹⁶⁴;
- ii) A ênfase ao controlo dos resultados (*outputs*);
- iii) Os mecanismos de responsabilidade (*accountability*);
- iv) A melhoria da capacidade de regulação;
- v) O fortalecimento das funções do governo central.¹⁶⁵

Nesse mesmo sentido, Jonathan BOSTON sublinha a importância dada à gestão e acompanhamento de mecanismos, em detrimento dos mecanismos políticos; a preferência pela propriedade privada e pela contratação externa de serviços pela Administração; e o enfoque no corte de custos e na eficiência da gestão.¹⁶⁶

5. Mecanismos de responsabilidade (*accountability*)

De acordo com a «diversificação» de mecanismos de controlo adaptados aos domínios jurídico-administrativos especiais, o problema dos mecanismos de responsabilidade adquirem uma fundamental importância.

¹⁶² Ibidem, pág. 3.

¹⁶³ MOREIRA, Vital, «Nova gestão pública» e Direito Administrativo», Revista de Legislação e Jurisprudência, 142, no 3978, 2013, p. 190.

¹⁶⁴ No mesmo sentido, BOUCKAERT, Geer / DOOREN, Wouter Van, “Performance measurement and management in public sector organizations”, Tony Bovaird e Elke Löffler (eds.), *Public Management and Governance*, 2.ª ed., London / New York, Routledge, 2009, pp. 151-164 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *op. cit.*, 165.

¹⁶⁵ OECD (1995), *Governance in Transition. Public Management Reforms in OECD Countries*, Paris *apud* Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública?...», pág. 4.

¹⁶⁶ V. “The Theoretical Underpinnings of Public Sector Restructuring in New Zealand”, Jonathan Boston et al. (eds.), Oxford, 1991, pp. 9-10 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra, 2012. p. 165. Tese de doutoramento. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/21154>

A princípio da *accountability* pública ou a responsabilidade constitui uma dimensão fundamental para a garantia da legitimidade democrática da gestão pública.¹⁶⁷

Trata-se de um conceito amplo que diverge daquele teorizado pela Administração Pública tradicional, segundo o qual os gestores públicos encontravam-se limitados ao cumprimento da lei, devendo garantir apenas a economia, a eficácia e eficiência da gestão.

Ora, no âmbito do paradigma do NPM, refere-se que o dever de prestar contas aos cidadãos seja orientado pelo respeito pelos pilares essenciais do estado democrático. Portanto, esvazia-se o sentido meramente formal e legalista do controle das contas públicas. Daí referir-se à *accountability*, notando ainda, o seu carácter multifacetado e complexo. Como menciona, MICHAEL DOWDLE tem-se verificado uma espécie de diluição no estudo e aplicação da *accountability*, por razão da crise do modelo hierárquico e burocrático de Administração Pública e os movimentos de privatização e de globalização.¹⁶⁸

Como já dissemos, o carácter “elástico” do conceito, motiva a definição pela doutrina das várias dimensões e espécies de *accountability* numa tentativa de melhor clarificar o conceito.¹⁶⁹

Desde logo, a *accountability* integra a responsabilidade no sentido estrito, mas vai para além dessa, pelo que o conceito se identifica com a responsabilidade no sentido amplo.

Pressupondo a intersubjetividade que está cativa no princípio em análise,¹⁷⁰ entendemos aqui a responsabilidade não numa perspetiva intrasubjetiva, em que o único juízo à conduta do agente é realizado pela sua própria consciência, sujeitando esse à sanção moral, mas no sentido em que o agente ou organização têm deveres perante outra(s) entidade(s). Nesse sentido, associada a *accountability* está uma sólida dimensão de justiça, quer seja

¹⁶⁷ Cfr. MCGARVEY, Neil, “Accountability in Public Administration: A Multi-Perspective Framework of Analysis”, *Public Policy and Administration*, 16 (2), Summer 2001, pp. 17-28 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas, p. 294.

¹⁶⁸ Cfr. DOWDLE, MICHAEL, “Public Accountability: conceptual, historical, and epistemic mappings”, Michael Dowdle (ed.), *Public Accountability: designs, dilemmas and experiences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-29. *Apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 285 ss.

¹⁶⁹ Cfr. DENHARDT, Janet, DENHARDT, Robert, *The New Public Service: serving, not steering*, Expanded edition, New York, 2007, p. 131. *Apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 294 ss.

¹⁷⁰ Cfr. MULGAN, Richard, *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Houndmills, 2003, pp. 15 e ss.; JOHN GARDNER, “The Mark of Responsibility (With a Postscript on Accountability)”, Michael Dowdle (ed.), *Public Accountability: designs, dilemmas and experiences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 220-242 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 289.

restaurativa, ou *retributiva*, sendo certo que na sequência dessa última prevê-se a aplicação de sanções político-jurídicas, e de carácter social, sendo portanto, nesse âmbito que se fala em responsabilidade civil, criminal, disciplinar, financeira, política e social.

O conceito de *answerability* é outra componente da *accountability*. Dele decorre a ideia de que a Administração tem o dever de prestar contas sobre a gestão pública. Entende-se existir o dever de informar, explicar e justificar as suas ações perante o Parlamento e os cidadãos, através dos meios mais acessíveis.¹⁷¹ Essa dimensão é a concretização da exigência de transparência e do exercício da cidadania ativa postulada num Estado democrático, sendo certo que o seu modo de efetivação informal confere-lhe um maior um sentido útil. É a esse propósito que Adam PRZEWORSKI sugere que sejam criadas instituições independentes de órgãos do governo e que ofereçam aos cidadãos as informações necessárias para que estes aperfeiçoem sua avaliação *a posteriori* dos atos de gestão do governo e não apenas os resultados.¹⁷² Essa ideia da administração ativa é fundamental para permitir que os cidadãos integrem uma rede de colaboração com os servidores públicos, orientada pela partilha de autoridade¹⁷³ deixando aqueles de ser vistos apenas como contribuintes, eleitores, ou consumidores.¹⁷⁴

Por sua vez, a *responsiveness* radica do poder de que o povo é titular, cabendo à Administração o dever de atuar no sentido de satisfazer as reais necessidades do mesmo. Nesse sentido, só uma estrutura de «diálogo democrático» como mencionado acima, garante as condições necessárias para se aferir as preferências do povo. Ou seja, a criação de um

¹⁷¹ Cfr. RICHARD MULGAN, *op. cit.*, pp. 12-13 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 289-290.

¹⁷² PRZEWORSKI, Adam. *Reforming the State: Managerial Public Administration in Latin America*, Lyenne Rienner Publishers, London, 1999, p. 15 *apud* SANFELICE, Virginia T., *Accountability*, Wikiglaw. Glossário Jurídico. 2015. Disponível em < <https://wikiglaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Accountability>>. Acesso a 1/06/17.

¹⁷³ É a ideia de “community governance” abordada por RICHARD BOX, segundo a qual, a semelhança da democracia antiga, os cidadãos reassumem um papel preponderante na vida política. Entendemos haver a possibilidade de uma “sã coabitação” entre a teoria comunitarista e os ideais liberais, visto que o conceito da cidadania integra a faceta liberal dos direitos, liberdades e garantias individuais e por sua vez, os valores da comunidade – Cfr. KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy: an introduction*, 2.ª ed., Oxford / New York, Oxford University Press, 2002, p. 208 . *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 183 -184.

¹⁷⁴ Cfr. *Government is US: Public Administration in an Anti-Government Era*, Thousand Oaks – California, 1998, pp. 3 e ss, 196 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas, p. 185. Assim também, BOYTE, Harry, “Reframing Democracy: Governance, Civil Agency, and Politics”, *Public Administration Review*, 65 (5), Sep/Oct 2005, pp. 536-546 *apud* COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 185.

valor público através das atividades desenvolvidas pela Administração, está condicionada à identificação destas pelo público como sendo relevantes para a realização das finalidades.¹⁷⁵ É portanto, por isso que se fala da “sintonia profunda da atuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos”¹⁷⁶. Para esse feito, considera-se não só a via da procura para determinar essas preferências, como também mecanismos de *interação colaborativa* entre a Administração e os cidadãos, num quadro da realização da cidadania ativa e outros valores do Estado democrático.¹⁷⁷

Para MELVIN DUBNICK, a *accountability* tradicional reduzida aos resultados da prestação de contas da Administração a uma autoridade externa não atinge as finalidades essenciais, já que importa saber se esses resultados respondem às reais necessidades das populações, valendo-se de valores éticos e democráticos na prossecução do interesse público.¹⁷⁸

A *responsiveness* é uma dimensão fundamental da *accountability*. De facto, a mera prestação de contas da Administração a uma autoridade externa não realiza as finalidades essenciais, sem que se tenha em conta a satisfação das necessidades reais do público, com respeito aos valores ético e democráticos na prossecução do interesse público.¹⁷⁹

Por fim, a prestação de contas perante uma entidade externa pressupõe uma atividade de controlo. Assim, estaremos diante de um controlo jurisdicional, político, social e administrativo, em função da entidade perante a qual a Administração é responsável.

Nesse sentido, Gomes Canotilho ressalta a importância dos Tribunais de Contas, que no âmbito das finanças públicas, como vimos, realizam o princípio da responsabilidade financeira, o princípio da transparência da gestão pública, o princípio do controle da boa administração dos valores públicos, o princípio da justiça intergeracional e o princípio da unidade da república.¹⁸⁰ Porém, com as deficiências que abordamos supra.

¹⁷⁵ Nesse sentido, STOKER, Gerry, *Gestão do valor público: a Administração pública orientada pela missão? Estado sociedade civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público*, Coimbra, 2008

¹⁷⁶ Cfr. *Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracies*, Houndmills, 2003, pp. 18 e ss apud COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 292.

¹⁷⁷ COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 292.

¹⁷⁸ *Ibidem*, 274.

¹⁷⁹ Cfr. COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, O Tribunal de Contas..., p. 273.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, “O Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora do Princípio Republicano”,

Revista do Tribunal de Contas, n.º 49, Lisboa, janeiro-junho 2008, p.25.

6. O Problema da responsabilidade

A integração do paradigma da responsabilidade no seio da administração coloca alguns problemas. É um tema que despoleta uma enorme tensão entre os teóricos.

Do ponto de vista puramente instrumental da responsabilidade, é fundamental a promoção de mecanismos que avaliem de forma estrita os objetivos da atividade administrativa. Esses mecanismos compatíveis com as ideias centrais da gestão do desempenho, deverão também estabelecer seja os objetivos, seja os registos da informação acerca dos resultados obtidos.¹⁸¹

Ora, o problema que se coloca é o fato de a responsabilidade poder ser considerada um fim em si mesmo. No caso de países como Portugal, em que a administração pública se centra em princípios e procedimentos democraticamente legitimados que dão mais prevalência ao *input* que aos resultados – conciliar os dois polos poderá não ser incompatível, na medida em que a responsabilidade com base no *input* pode conhecer melhorias ao agregar-se o interesse sobre os resultados.

Nesse sentido, existirão duas consequências. Por um lado, é possível que a nova gestão pública tenha que fazer um *trade-off* entre a eficiência e outros valores, como a equidade, ou mesmo poderá ser possível que a plena realização da nova gestão pública mudanças mais profundas no quadro legislativo e institucional de certos países.

A zona cinzenta entre a responsabilidade gerencial e a responsabilidade política é também outro problema que ainda se discute. Enquanto alguns sugerem que a maior transparência no comportamento dos funcionários fortalece os princípios de responsabilidade política, outros afirmam que a disponibilidade de informação sobre o desempenho fortalece a responsabilidade gerencial, mas ao mesmo tempo, debilita a responsabilidade política.¹⁸²

Algo que se verificou na altura, e ainda faz eco na atualidade, é que as reformas da gestão do serviço público não têm paralelo com as reformas políticas. Com efeito, os holofotes políticos mantêm-se sobre os *inputs*, relegando em segundo plano os resultados.

Entendemos por isso, a necessidade de se conceber uma administração com mecanismos capazes de lidar com os problemas atuais, de forma «reiventada», e a visão de uma administração aberta à melhoria constante, atenta à realidade jurídica.

¹⁸¹ De perto, Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública?...», p. 11 ss.

Não estamos aqui em defesa da aplicação de um modelo único de gestão pública, posto que não existe uma solução única para os diferentes domínios da administração, para os quais se prevêm atividades diferentes, seja de fornecimento de serviços de natureza redistributiva, ou sejam atividades autónomas. ¹⁸³

¹⁸³ Seguimos de perto as considerações de Ormond, Derry; Löffler, Elke, «Nueva gerencia pública?...», p.2.

Conclusão

No desenrolar do nosso estudo verificamos a dificuldade que existe a nível da Doutrina, e da Jurisprudência, em recortar um conceito de eficiência rigoroso, vocacionado para áreas específicas de atuação, tal como outros princípios fundamentais.

Uma parte da doutrina alude a importância da sua autonomização com base na crença da do seu contributo, num tempo marcado por decisões populistas e o recente fenómeno de empresarialização das entidades públicas, com grandes custos para todos os indivíduos.

Verificou-se a voz quase unânime da doutrina, no sentido da não aceitação do carácter justificável da eficiência como princípio, tendo sido o mesmo reconduzido à categoria que impõe à administração tão-somente um dever jurídico imperfeito. Uma posição que identificámos como tendo base em orientações conservadoras, que se baseiam no receio do perigo de violação da separação de poderes, e numa «crença na bondade do direito». Porém, é preciso lembrar, que «o direito administrativo também passa».

A nossa defesa do princípio da eficiência, tem lugar num contexto de «recuo da lei», e soçobrar dos postulados que caracterizavam a dimensão estadual.

Por fim, verificamos com os outros problemas ligados à eficiência, (e.g orientação da administração para o resultado) que o sistema de controlo administrativo português ainda não está totalmente apto a responder os desafios contemporâneos.

Bibliografia

AMARAL, Diogo Freitas do, op. cit., pág. 47., MONCADA, Luís Cabra de, «Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance», in Augusto de Athayde/João Caupers/ Maria da Glória F. P. D. Garcia, em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010., pp. 661 ss., 710.

ANTUNES, Aquilino Paulo, *O princípio da eficiência económica como parâmetro de validade material de soluções jurídico-tributárias*, Ano 3 (2014), nº 4, 2449-2521, ISSN: 2182-7567.. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>

ANDRADE, João Sousa, *Algumas Observações sobre a Metodologia da Economia*, 1997. Disponível em <http://www4.fe.uc.pt/jasa/metodo.pdf>. Consultado a 12/9/17

AVELÃS NUNES, António José, «O estado regulador e o 'modelo social europeu'» in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. ISSN 1517-2163. Nº 40-41 (2012), p. 29-65.

BOUSTA, Rhita, *Essai sur la Notion de Bonne Administration em Droit Public*, Paris, 201.

— «Who Said There is a 'Right to Good Administration'? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Public Law*, 19, no. 3 (2013): 481–488.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Os dois métodos e o núcleo duro da teoria económica, *Revista de Economia Política*, vol 29, nº 2 (114), pp 163-190, abril/junho 2009.

BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. Análise económica do direito: contribuições e desmistificações, in *Direito, Estado e Sociedade*. vol. 9. nº 29. pp. 49-68, jul/dez 2006.

CALVÃO, Filipa Urbano, «Princípio da eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. ISSN 1645-1430. A. 7, Nº esp. (2010), 330-339.

CANAS, Vitalino, «Proporcionalidade (Princípio da)», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 6.º vol., Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes,

—“O Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora do Princípio Republicano”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 49, Lisboa, janeiro-junho 2008.

— *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Coimbra, 1974.

—“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional, Coimbra, 2006. ISBN 9789724034850.

«Critical Legal Studies Movement: uma deriva política do pensamento jurídico(?)». In Coelho, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos ; Mello, Cleyson de Moraes, org. – O Fundamento do Direito : Estudos em Homenagem ao Professor Sebastião Trogo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. ISBN 9788599960639. p. 262-284.

CORREIRA, Tiago «A reconceptualização dos modos de produção de saúde», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 85, Junho (2009).

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, Fondo de Cultura Económica, 2015 (nota 139).

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Tese de Doutoramento. 2014.

MACKAY, Ejan, “History of Law and Economics”, in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, 2000, pp. 67-68. Disponível em <<http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0200-history-of-law-and-economics.pdf>>. Consultado a 5/9/17.

GARBADO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002. ISBN: 8575000500.

KANSKA, K. (2004), «Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of fundamental Rights», *European Law Journal* 10, 296–326.

KRISTJÁNSDÓTTIR, Margrét Vala, «Good Administration as a Fundamental Right», *Icelandic Review of Politics and Administration*, vol. 9, Issue 1, June 2013, 237-255.

LEÃO, Anabela, «Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso», in *Comemorações dos 5 anos da FDUP*, 2001, pág. 1004 ss.

LEONG, Hong Cheng O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilicitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração, Publicações CEDIPRE Online - 30, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, março de 2017.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, «Eficiência e Constituição» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. ISSN 1645-1430. A. 7, N° esp. (2010), 294-299.

ORMOND, Derry; LÖFFLER, Elke, «Nueva gerencia pública? Qué tomar y qué dejar?», in *Reforma y Democracia*. No. 13 (Feb. 1999). Caracas.

MARTINS, Licínio Lopes, «As empresas públicas no sector da saúde», *Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 84 (2008).

NEVES, Marcelo, «(Não) solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões», in *Lua Nova*, São Paulo, 93, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

PRZEWORSKI, Adam. *Reforming the State: Managerial Public Administration in Latin America*, Lynne Rienner Publishers, London, 1999.

RAIMUNDO, Miguel Assis, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa, 2015.

—«Administração da saúde em tempos de crise», in Pedro Gonçalves/ Carla Amado Gomes/Helena Melo/ Filipa Calvão (coords.), *A crise e o Direito Público* (VI Encontro de Professores portugueses de Direito público), Lisboa, 2013, pp. 133 ss, 145. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf

REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANFELICE, V. T., Accountability, *Wikiglaw. Glossário Jurídico*. 2015. Acesso a 1/6/17 <<https://wikiglaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Accountability>>.

SALAMA, Bruno Meyerhof, «A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner», in *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 1, p. 477. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0435_0483.pdf>. Consultado em 8/9/17.

SANTOS, Paulo Márcio Reis, *Direito Económico Processual, uma abordagem pela Análise Económica do Direito*, Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2013. p. 103. ISBN 978-85-88228-19-1.

SILVA, Suzana Tavares da,

– “O princípio (fundamental) da eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º7, Porto, 2010 disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B1fVyoHQdCKzMjRIMTQxNzMtMmY4ZS00OTg4LTg0NTMtNjIwNGY4YTc1ZjAz/view?ddrp=1&hl=en>.

— «O Princípio da Razoabilidade», in Carla Amado Gomes / Ana Fernanda Neves / Tiago Serrão (Coord.), *Comentários ao novo CPA*, 2.ª Ed., aafdl, 2015, p. 208.

— “O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in *BFD*, Coimbra, 2012

STOKER, Gerry. *Gestão do Valor Público: A Administração Pública orientada pela missão? Estado Sociedade Civil e Administração Pública: Para um Novo Paradigma do Serviço Público*, Coimbra, 2008.

SPASIANO, Mario R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico”, 2011, pág. 13. Disponível em: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_11_48_Spasioano_IT.pdf

TAVARES, JOSÉ F. F., “Sistema nacional de controlo: controlo interno e controlo externo”. *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 26, Julho-Dezembro de 1996.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El critério de la eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), ISSN: 0034-7639, pág. 94.

UNITED NATIONS – Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, “What is Good Governance?”, Disponível em:

<www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp>, 2007. Acesso aos 25 de Agosto de 2017.

VICENTE, Laura Nunes, «O Princípio da proporcionalidade, uma nova abordagem em tempo de pluralismo», *IJFD*, 2014, Disponível em: http://ij.f.d.uc.pt/publicacoes_premios.html.

VIEIRA DE ANDRADE, J. Carlos, «interesse público», *DJAP*, vol V, Lisboa, 1993.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

