

O PRINCÍPIO (FUNDAMENTAL) DA EFICIÊNCIA

SUZANA TAVARES DA SILVA (*)

1. UM PRINCÍPIO À PROCURA DE IDENTIDADE E DE ANCORAGEM

O *princípio da eficiência* é hoje utilizado de forma acrítica por governantes, legisladores, burocratas e até pelos tribunais, sem que todavia se tenha ainda podido encontrar na doutrina nacional (ou mesmo estrangeira) um estudo sistemático e sustentado sobre o seu sentido útil e efectivo no actual modelo de Estado e de Administração.

Em termos genéricos, o conceito de *eficiência* designa a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o *melhor* resultado (não é apenas uma relação de grandeza, neste caso procurar-se-ia o maior rendimento, mas sim de quantidade/qualidade) com o *menor* dispendio de recursos (tempo, trabalho, energia, matérias primas) ⁽¹⁾. Por essa razão, o seu campo de aplicação privilegiado e a sua ancoragem natural encontra-se nas ciências económicas, no estudo das opções ditadas pela escassez ⁽²⁾.

A aplicação do critério da *eficiência* ao domínio jurídico resultou das teorias da *análise económica do direito* ⁽³⁾, desenvolvidas como resposta à

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, 2003.

(2) Sobre a tensão entre a *eficiência* e a *justiça* v. Fernando ARAÚJO, *Introdução à economia*, 3.^a ed. Almedina, Coimbra, 2005, pp. 38-39.

(3) As teorias da *análise económica do direito* têm origem nos EUA, nas propostas de aplicação das teorias económicas de *Coase* e *Calabresi* ao domínio jurídico, tendo sido sobretudo aprofundadas por *Posner* no movimento que ficou conhecido pela expressão *law and economics*. Sobre a relevância destas teorias na formulação e desenvolvimento do

massificação dos problemas ⁽⁴⁾, fruto da necessidade de “construir” esquemas de resposta legitimadores de uma selecção dos domínios de intervenção e das medidas adoptadas, para além do horizonte da “escolha política”. As propostas de *Posner* e *Hayek* centravam-se, fundamentalmente, na apologia da maior eficiência da *common law* relativamente à *code law* (direito civil de origem napoleónica, ditado pelo Estado), por representar um modelo “*bottom up*”, ou seja, um ordenamento construído a partir dos indivíduos ⁽⁵⁾ e dos juízes ⁽⁶⁾, mimetizador das dinâmicas do mercado (com menos atrito, menores custos de transacção), e, nessa medida, capaz de garantir melhor protecção contra o Estado (enfraquecendo o seu poder através da respectiva partilha com a Sociedade) e de alcançar soluções mais justas para os conflitos, uma vez que as normas ineficientes tenderiam a ser afastadas e rejeitadas pelas duas partes ⁽⁷⁾. Já a *code law* ou *civil law*, por ser ditada previamente pelo Estado e “amarrar” o julgador a essa solução, tenderia, nesta perspectiva, a ser mais ineficiente, e nem a interpretação jurídica permitiria otimizar as decisões dos conflitos.

princípio da eficiência v., por todos, Horst EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

⁽⁴⁾ Sobre a recolocação da política no contexto da *sociedade de massas* assente na relação triangular Estado-grupo-indivíduo v. Rogério SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, 1969 (reimpressão do Tenacitas em 2008), Coimbra, pp. 105 e ss.

⁽⁵⁾ A relevância da participação mais directa dos indivíduos na construção de um *direito reflexivo* tem também sido defendida em importantes trabalhos no campo das ciências sociais, contribuindo de forma efectiva para a mudança de paradigma do papel do Estado na Economia e na Sociedade — v. Anthony GIDDENS, *The Constitution of Society (reimp.)*, Polity Press, Cambridge, 1997, pp. 180 ss., e Ulrich Beck, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*; Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009, pp. 347 e ss. Entre nós, na defesa de um reforço e valorização do papel do cidadão na construção do desenvolvimento da comunidade, por ser ele, no essencial, o motor da sociedade e da optimização do bem-estar — v. VIEIRA DE ANDRADE, «Supletividade do Estado e desenvolvimento», *Gaudium et Spes*, 1988, pp. 113-124.

⁽⁶⁾ Para *Posner*; a pressão exercida sobre os juízes pelos grupos de interesses e a sua vulnerabilidade perante problemas pessoais, a que se associaria o facto de eles não disporem de poder para adoptar soluções redistributivas, conduziria à adopção do critério da eficiência como medida da decisão. Este argumento não singrou entre os defensores da maior eficiência da *common law*, mas serviu para iniciar o debate sobre a importância do modelo judicial na qualificação económica dos Estados.

⁽⁷⁾ Para uma perspectiva global destas propostas e da respectiva aplicação no contexto actual v. Paul RUBIN, «Legal systems as frameworks for market exchanges» e ARRUÑADA / ANDONOVA, «Market institutions and judicial rulemaking», in MÉNARD / SHIRLEY, *Handbook of new institutional economics*, Springer, Heidelberg, 2008, pp. 219-220 e 241-245.

Não é porém esta a abordagem que escolhemos para o nosso estudo, a perspectiva que aqui nos irá ocupar de forma mais intensa radica, antes, na *análise económica do direito público* ⁽⁸⁾, um fenómeno que foi inicialmente contestado e até rejeitado com base nos argumentos de que o Estado prossegue fins sociais e não pode adoptar uma filosofia utilitarista e de que a sua organização não se coaduna com soluções de mercado, mas que hoje é de reconhecimento pacífico mesmo entre aqueles que, como nós, não militam nas “hostes do liberalismo ou do neoliberalismo” e se limitam a participar no debate sobre os mecanismos de optimização do bem-estar social, espraiando-se por diferentes perspectivas ou ângulos de análise: plano organizatório, plano funcional e plano do controlo.

A sobreposição de planos e campos de aplicação do princípio da eficiência no âmbito do direito público indicia, desde logo, a sua falta de identidade autónoma, *i.e.*, o facto de não ter sido ainda possível recortar nos sistemas jurídicos continentais o *princípio da eficiência* como um princípio fundamental de direito público com um conteúdo pré-definido e uma metódica própria de aplicação e de controlo. Este atraso na autonomização do princípio da eficiência deveu-se, segundo cremos e procuraremos demonstrar mais adiante, à crença quase acrítica na bondade intrínseca das soluções legais ditadas pelo princípio democrático.

É frequente encontrarmos a *eficiência* associada à *economia* e à *eficácia*, e mesmo quando utilizados como conceitos de significados diferentes — em que a *economia* designa o menor custo para um determinado resultado, a *eficácia* o alcance dos objectivos propostos com a utilização dos meios e a *eficiência* o melhor resultado para uma mesma estrutura de custos ⁽⁹⁾ — o mais usual é que o seu controlo seja feito em conjunto, no contexto da mera apreciação dos actos discricionários da Administração, e, mesmo aí, confundindo-se com as dimensões concretizadoras do princípio da proporcionalidade, avaliando-se a *eficácia* da medida no *teste da adequação* e a *eficiência e economia* no *teste da necessidade*.

Por outras palavras, a *eficiência* tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades adminis-

⁽⁸⁾ Sobre o tema, NAPOLITANO / ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009, *passim*.

⁽⁹⁾ Cf. José CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 374 (nota 557), e Rainer PITSCHAS, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht II*, Beck, München, 2008, pp. 1624 e 1645.

trativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo. Cura-se de *avaliar* as actuações administrativas (medidas) em função da relação custo-benefício (*eficiência de custos*), dos resultados (*eficiência produtiva*) e da alocação de recursos (*eficiência alocativa*), não como parâmetro autónomo legitimador da mesma em razão da sua eficiência, mas apenas de modo a apurar se o princípio da proporcionalidade foi ou não respeitado.

De resto, o princípio da legalidade não deixava espaço de autonomia suficiente para que o princípio da eficiência pudesse servir *per si* de parâmetro judicial de controlo das opções adoptadas na prossecução do interesse público, remetendo para o legislador a escolha da solução mais eficiente e, por esta via, o controlo da eficiência das escolhas públicas para o campo da *política* ou, quanto muito, para a discussão dos modelos de organização do poder político, no contexto da ciência política ou das estruturas sociais segundo correntes sociológicas. É bom não esquecer que se os defensores do *princípio da eficiência* podem ser acusados de tentar subjugar o direito à economia, também os defensores do *princípio da legalidade* podem ser acusados de o tentar subjugar à política e à sociologia ⁽¹⁰⁾, o nosso discurso deve ser, por essa razão, centrado em princípios jurídicos fundamentais e não em dogmas ou pré-compreensões legitimadoras do poder.

Mas é ainda sob o “manto do princípio da legalidade” que o princípio da eficiência aplicado às escolhas públicas começa a reclamar maior autonomia. Em primeiro lugar, impondo-se àquele enquanto critério de organização racional de serviços, em grande medida impulsionado pela corrente do *new public management* ⁽¹¹⁾, e, ainda, como critério de determinação

⁽¹⁰⁾ Esta é a forma como Aldo TRAVI colocou a questão na abertura dos trabalhos do 53.º Convénio de Estudo da Ciência da Administração, dedicado, precisamente, às mutações do princípio da legalidade, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 30.

⁽¹¹⁾ O *New Public Management* é uma expressão de origem britânica associada à reforma da Administração Pública que teve lugar naquele país durante o Governo de *Margaret Thatcher* e que foi depois implementada noutros países (USA e Canadá), continuando os seus princípios orientadores — estabelecimento de planos estratégicos, estruturas de decisão central e execução descentralizada, concentração das tarefas de Estado e privatização das que não integram o núcleo da função estadual, transformação dos cidadãos em clientes, prestação de serviços públicos em regime de mercado, controlo estratégico, organização por objectivos — a servir de base às reformas que têm vindo a ter lugar em todos os países europeus e também em Portugal — v. Andreas VOSSKUHLE, «Neue Verwaltungs-

do interesse público e da selecção dos instrumentos para a sua concretização, o que se fica a dever sobretudo à reformulação do próprio conceito de *interesse público* ⁽¹²⁾ no contexto da maximização do bem-estar social, geradora de uma fragmentação do mesmo e da emergência de situações de concorrência entre interesses públicos legítimos ⁽¹³⁾.

E é também neste momento que começam a surgir as primeiras dificuldades em matéria de controlo da actividade administrativa segundo o parâmetro da eficiência, pois os tribunais administrativos tendem a auto-limitar-se com receio de exceder os limites da sua função e entrar no domínio típico da política, o que os leva a reduzir o controlo judicial ao controlo de legalidade, acabando os Tribunais de Contas por “ocupar” (chamar a si) esta “área de controlo difícil”, estendendo os seus poderes à verificação do parâmetro da “boa gestão financeira” das actuações de entidades submetidas à sua jurisdição, em grande medida por influência do modelo anglo-saxónico do *best value of money audit* ⁽¹⁴⁾.

Este expansionismo dos poderes de controlo dos Tribunais de Contas, a que temos também assistido em Portugal nos últimos tempos, deve-se, primordialmente, à influência que o Tribunal de Contas Europeu vem exercendo sobre os seus homólogos nacionais, resultante da simbiose dos

rechtswissenschaft», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht I*, Beck, München, 2006, pp. 41-42.

⁽¹²⁾ Sobre o conceito de interesse público *V.*, entre nós, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, «Interesse publico», *DJAP*, vol. V, pp. 275 e ss. O autor refere ainda um conceito de interesse público como grandeza homogénea e objectivada que comanda as actuações administrativas, legitimando as suas escolhas. É precisamente esta concepção que hoje se contesta com a proliferação de interesses públicos conflituantes e com a necessidade de instituir mecanismos de “escolha” e “selecção” dos interesses públicos prevaletentes. Esta noção de interesse público havia já sido também defendida por Rogério SOARES in, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955.

⁽¹³⁾ Cf. Francesco DENOZZA, «Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati», *Annuario*, 2006, p. 12.

⁽¹⁴⁾ Neste sistema, o Tribunal de Contas não actua como verdadeiro tribunal, mas sim como entidade de controlo especializada (de auditoria), que avalia a gestão financeira dos fundos públicos e dá conta ao Parlamento da *performance* da aplicação dos dinheiros. Um modelo onde o controlo de legalidade orçamental é substituído por critérios de qualidade e efectividade da aplicação dos recursos financeiros, traduzindo-se num controlo de conteúdo político, o qual, porém, é em última instância efectuado pelo Parlamento — v. Maria Luisa SÁNCHEZ BARRUECO, *El Tribunal de Cuentas Europeo. La superación de sus limitaciones mediante la colaboración institucional*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 74.

diversos modelos nacionais que convergem na arena europeia ⁽¹⁵⁾. Efectivamente, o Tribunal de Contas Europeu surge como o ponto de encontro dos modelos continental e anglo-saxónico de controlo das contas públicas, originando, todavia, uma nova dificuldade: *o controlo da eficiência das medidas não pode resvalar para um controlo de eficácia das políticas, nem para um controlo político das decisões de gestão orçamental*.

Ora, é precisamente neste limbo que o *princípio da eficiência* procura hoje alcançar identidade e autonomia, afirmando-se como um verdadeiro parâmetro jurídico de controlo do agir administrativo, tarefa que tem sido dificultada entre nós, desde logo, pelo “carácter incerto” do próprio texto constitucional no que respeita ao papel conferido àquele princípio.

2. A FUNDAMENTALIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ANCORAGEM DO *TRANSCONSTITUCIONALISMO*

Ao contrário do que acontece noutros países do modelo continental, como é o caso por exemplo da Espanha ⁽¹⁶⁾, a Constituição da República Portuguesa não consagra expressamente a necessidade de a despesa pública se subordinar a critérios de eficiência, limitando-se a prescrever critérios para elaboração do Orçamento do Estado que garantam a respectiva conformidade com as directrizes da lei de enquadramento orçamental ⁽¹⁷⁾,

⁽¹⁵⁾ Cf. María Luisa SÁNCHEZ BARRUECO, *El Tribunal de Cuentas Europeo...*, *ob. cit.*, pp. 116 e ss.

⁽¹⁶⁾ No art. 31.2 da Constituição Espanhola, na secção dedicada aos direitos e deveres dos cidadãos, pode ler-se que “a despesa pública fará uma afectação equitativa dos recursos públicos, e a sua programação e execução respeitarão os critérios de eficiência e economia” (*tradução nossa*).

⁽¹⁷⁾ A lei de enquadramento orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28-8, pela Lei n.º 23/2003, de 2 de Julho, e pela Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto) contempla hoje um afloramento importante do princípio da eficiência, quer quando exige que a elaboração de *programas orçamentais*, ou seja as despesas correntes de um conjunto de medidas destinadas a concretizar uma ou mais políticas, seja acompanhada de um conjunto de indicadores que permitam avaliar a *economia*, a *eficiência* e a *eficácia* da realização das políticas, quer quando incorpora o *método do comparador público* como requisito necessário para justificar a economia, eficiência e eficácia dos programas que pretendam recorrer a parcerias público-privadas — cf. art. 19.º/1 e 4 da lei de enquadramento orçamental. Isto significa que o controlo da despesa pública segundo critérios de eficiência não fica reservado apenas para o momento da *execução orçamental* (art. 42.º/6/c) da referida lei), aparecendo como critério legitimador do *orçamento por programas*.

bem como a transparência e a “verdade” da situação financeira do Estado (arts. 105.º e 106.º).

A *eficiência*, no plano constitucional português, surge, de forma expressa, apenas como *parâmetro de organização do sector público* (art. 81.º/c) e como *critério de funcionamento dos mercados, a assegurar pelo Estado* (art. 81.º/f). Estas expressões, que indiciam o triunfo do modelo económico-social de mercado, constituem hoje um dos domínios mais expressivos do *transconstitucionalismo entre direito estadual e direito supranacional* ⁽¹⁸⁾. Não se trata, em nossa opinião, apenas de destacar o facto de o sector público económico se encontrar actualmente subordinado a um conjunto de regras e directrizes impostas pela União Europeia (ex. proibição de ajudas financeiras estaduais, obrigação de gestão empresarial) ⁽¹⁹⁾, mas também de sublinhar que este sector público concorre no mercado global e isso conduz, de forma natural, a uma *expurgação* das tarefas que podem ser prosseguidas de forma mais eficiente pelos privados ⁽²⁰⁾, fazendo emergir espontaneamente áreas de privatização. Para

⁽¹⁸⁾ O *transconstitucionalismo* é a expressão adoptada por Marcelo Neves para definir o esquema de “partilha de poder”, definido por Pernice como “soberania dividida” ou “compartilhada” no *constitucionalismo multi-nível* resultante da interligação entre os diferentes ordenamentos estaduais, supranacionais, internacionais e autónomos que hoje integram o denominado fenómeno do “direito em rede” — v. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, WMF, São Paulo, 2009, pp. 152 e ss. Adoptamos a expressão *transconstitucionalismo* porque ela transmite, em nosso entender, de forma mais impressiva do que a expressão original de *Pernice constitucionalismo multi-nível*, o sentido do fenómeno em análise, que consiste precisamente no transbordar territorial da Constituição, passando este documento fundamental da identidade dos Estados, por um lado, a interligar-se e complementar-se com documentos de nível superior, e, por outro, a densificar uma matriz cultural nacional. Esta segunda função denota a existência hoje de um movimento inverso nas funções da Constituição, pois as grandes conquistas do constitucionalismo moderno (direitos fundamentais e princípio democrático) transferiram-se para a arena global, esvaziando de sentido as magnas cartas nacionais neste ponto, mas obriga-as a revigorarem-se como matriz de identidade cultural (cf. art. 8.º/4 *in fine* C.R.P. “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”), permitindo aos Estados, através delas, afirmarem a sua diferença no espaço global.

⁽¹⁹⁾ Neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 968-969.

⁽²⁰⁾ Vale a pena dar conta a este propósito, que o debate sobre a privatização de tarefas é distinto de um lado e de outro do Atlântico, e, enquanto nos Estados Unidos se toma como paradigma a possibilidade de privatização de todas as tarefas, remetendo para o domínio estadual aquelas que não se compadecem com a dinâmica privada, já na Europa se faz o teste inverso, avaliando a adequação da privatização de tarefas públicas, e ambos convergem num ponto: a privatização de certos sectores, como é o caso, por

alguma doutrina, a optimização do critério da eficiência pressupõe que o Estado accione esta norma como uma verdadeira “*cláusula de Ulisses*”, e tal como o herói se fez amarrar ao mastro para resistir ao “*canto da sereia*”, também o Estado se deve amarrar ao critério da eficiência para impedir que os chamamentos do uso do poder o conduzam, por mera ideologia, à adopção de soluções ineficientes ⁽²¹⁾. Entre nós, pela experiência recente, podemos afirmar que a vinculação do Estado a este comando de eficiência decorre mais da sua ancoragem transconstitucional do que de um imperativo categórico, uma vez que os domínios privatizados resultam em grande medida de *inputs* externos e não de debates técnico-científicos de âmbito nacional. Voltaremos a este ponto mais à frente.

O legislador constituinte acaba também por não autonomizar o *critério da eficiência* no contexto da *organização administrativa*, diluindo-o em fórmulas de conteúdo impreciso como “evitar a burocratização” (art. 267.º/1), “descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção” (art. 267.º/2) ou “processamento da actividade administrativa (...) [segundo] a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços”. Isto significa que, mais uma vez, é no plano *transconstitucional* que este critério ganha densidade. A agilização das estruturas administrativas é imposta ao Estado português não só por via indirecta, como necessidade de racionalizar a despesa pública para cumprir os critérios orçamentais do Pacto de Estabilidade e Crescimento ⁽²²⁾, mas também por via quase-directa no contexto do *direito administrativo transnacional*, quer no âmbito da produção de decisões administrativas em rede ou de actos administrativos transnacionais ⁽²³⁾, quer no

exemplo, da actividade penitenciária (não apenas de criação das infra-estruturas prisionais), exige uma mudança prévia do princípio democrático que permita aos privados que desempenham tarefas públicas subordinarem-se a um conjunto de *inputs* legitimadores, mas enquanto essa reforma não tiver lugar não pode haver privatização desta actividade — v. CHESTERMAN / FISHER, *Private security, public order*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 86-106 e 225-226.

⁽²¹⁾ Cf. NAPOLITANO / ABRESCIA, *Analisi económica del diritto pubblico...*, pp. 116-117.

⁽²²⁾ A racionalização da despesa pública é um dos objectivos a cumprir com o Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado PRACE, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/2005, de 4 de Agosto, que tem servido de base aos diversos diplomas de reforma da Administração (cf. relatório final, p. 26, disponível no site do Ministério das Finanças).

⁽²³⁾ Sobre o sentido e alcance destes conceitos, por todos, Stefan KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

âmbito da *accountability* das entidades administrativas nacionais perante as *agências europeias*.

Por último, salientamos que de acordo com a Constituição a actuação dos órgãos e agentes administrativos se deve subordinar aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, sem que o princípio da eficiência mereça nesta sede qualquer referência autónoma. Ora, é precisamente em sede de procedimentos administrativos que hoje o princípio da eficiência se torna mais notório para os administrados. Se há algum tempo atrás a doutrina vinha já alertando para necessidade de procedimentos céleres e eficazes ⁽²⁴⁾, actualmente esses qualificativos integram o núcleo de direitos e garantias dos administrados a um procedimento justo ⁽²⁵⁾, núcleo que é reforçado, no plano do direito europeu, pela entrada em vigor da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) e do *direito à boa administração* nela consagrado (art. 41.º da CEDF) ⁽²⁶⁾.

A *eficiência* no domínio dos *procedimentos administrativos de “implementação de políticas”* deve todavia autonomizar-se das dimensões reconhecidas em geral à *boa administração* (celeridade, equidade, justiça, imparcialidade, transparência), podendo mesmo questionar-se a utilidade

⁽²⁴⁾ Cf. João LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2005.

⁽²⁵⁾ Cf. Alberto de ROBERTO, «La tempistica procedimental e la responsabilità dell’amministrazione per i ritardi: la nuova disciplina», in AMATO / GAROFOLI, *I tre assi*, Nel diritto Editore, Roma, 2009, pp. 123 e ss.

⁽²⁶⁾ O *direito à boa administração* consagrado no art. 41.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais garante aos administrados, no âmbito de procedimentos administrativos europeus, que podem recorrer tanto perante instâncias administrativas europeias, como perante instâncias administrativas dos Estados-membros (art. 51.º), que as suas pretensões serão apreciadas segundo procedimentos imparciais e equitativos, nos quais lhes são garantidos os direitos de participação e informação e de utilização de qualquer língua da comunidade, e que as decisões serão fundamentadas e proferidas em prazo razoável. Sobre o sentido e alcance do preceito v. Jürgen SCHWÄRZE, *EU-Kommentar*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 2297. A força e o carácter inovador deste “novo direito fundamental” resultam do reforço jurídico que é dado no direito europeu às garantias procedimentais (um reforço das dimensões materiais dos procedimentos como instrumento de redução da incerteza emergente da abertura da legalidade) e da positivação, por assimilação, de soluções avançadas no contexto da *soft law* (ex. códigos de boa conduta dos serviços ou de boas práticas) que se consideram essenciais ao ambiente de confiança que o Estado deve assegurar aos privados e investidores no contexto de globalização económica — v. Beatriz TOMÁS MÁLLEN, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pp. 41 e ss.

e praticabilidade da elevação deste princípio a verdadeiro princípio fundamental legitimador da escolha dos referidos procedimentos.

Resulta, assim, da leitura do texto constitucional, que o *princípio da eficiência* não conhece aí relevo autónomo e significativo como acontece noutros ordenamentos, embora isso não signifique, como veremos em seguida, que o *princípio da eficiência* não tenha adquirido, também entre nós, foro de *princípio fundamental* ⁽²⁷⁾, que é hoje, em nosso entender, por demais evidente no contexto da *ancoragem transconstitucional* do Estado, da qual resulta uma “transmigração do confronto entre legalidade substancial e formal do plano do direito constitucional para o plano do direito administrativo”, resultando numa prevalência da primeira e, por essa via, numa legitimação do agir administrativo fundada em princípios como a prevenção, a precaução e a eficiência ⁽²⁸⁾.

Na verdade, o que nos parece importante sublinhar em primeiro lugar é o facto de o *princípio da eficiência* não poder ser entendido no momento actual apenas como um *princípio geral do procedimento administrativo*, e menos ainda, segundo propõe a doutrina, como um “princípio de Legislação mais do que de Administração”, por constituir um comando para o legislador no contexto da organização Administrativa, que apenas “protege” os interesses dos particulares e da comunidade de forma reflexa ⁽²⁹⁾. A doutrina estrangeira, de resto, não tem dúvidas em afirmar que a *eficiência* é hoje um critério do agir administrativo, impondo à Administração que paute as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício e até gestão do risco ⁽³⁰⁾, e entende que este parâmetro vale

⁽²⁷⁾ Neste sentido, Matthias RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht I*, Beck, München, 2006, p. 1136, e, entre nós, CASALTA NABAIS, *O dever fundamental...*, *ob. cit.*, p. 374.

⁽²⁸⁾ Esta é a conclusão avançada por Fabio MERUSI no fim do 53.º Convénio de Estudo da Ciência da Administração — *V. Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia...*, pp. 479 e ss. (em especial pp. 481 e 487). Sublinhe-se, contudo, que estamos em desacordo com os autores que vêm nesta “migração para a legalidade substantiva do plano constitucional para o plano administrativo uma fuga da Administração ao direito — neste sentido, v. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 284 —, pois não se trata de neutralizar o controlo da actividade desenvolvida, mas sim de o ajustar a um novo modelo de Estado.

⁽²⁹⁾ Assim, ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *Código do Procedimento Administrativo (comentado)*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 132.

⁽³⁰⁾ Cf. Susanne BAER, «Verwaltungsaufgaben», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht I*, Beck, München, 2006, p. 751.

não apenas para as opções adoptadas em matéria de promoção das tarefas ⁽³¹⁾, mas também como instrumento prévio de selecção dos *inputs* e *outputs* administrativos, ou seja, como parâmetro das decisões de privatização material das tarefas de interesse público (antes administrativas) e de privatização funcional das tarefas (ainda) administrativas. É precisamente quanto a este segundo aspecto, analisado no contexto do “novo direito administrativo”, que centraremos a nossa análise do *princípio da eficiência*.

3. A VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA QUANDO A PRIMEIRA PALAVRA PASSA A SER DA ADMINISTRAÇÃO

A “desautorização” do poder legislativo não é uma inovação do “tempo pós-moderno”, correspondendo antes a uma conquista do constitucionalismo, que eleva a princípios e regras fundamentais critérios que se impõem à margem de livre conformação do legislador, permitindo, quando este os não respeite, afastar judicialmente os actos legislativos inconstitucionais. Neste “jogo” de equilíbrio dos poderes, a Administração, porém, ficava impedida de afastar *per si* as normas legais, mesmo quando considerasse que as mesmas eram inconstitucionais ⁽³²⁾, reservando-se esse poder aos tribunais e amarrando-se a Administração ao princípio da legalidade.

A novidade do actual modelo reside na possibilidade de a Administração *substituir* ou *neutralizar* o princípio da legalidade formal. A *substituição* explica-se pelo facto de o *nível legislativo* não ser mais preenchido exclusivamente pelo legislador nacional (Parlamento e Governo), podendo o mesmo ser *substituído* pelo legislador Europeu (no caso dos regulamentos comunitários). Isto se atentarmos apenas na dimensão formal, pois se estendermos a nossa análise ao conteúdo, concluiremos que o legislador nacional aparece frequentemente como “*a boca do legislador e do político europeu*”, e que o legislador europeu é muitas vezes “*a boca das organi-*

⁽³¹⁾ Veja-se entre nós a recente consagração legal do *princípio da eficiência* (sob a designação de boa administração) como critério de gestão, utilização e alienação do património público.

⁽³²⁾ Salvaguarda-se a possibilidade de a Administração desaplicar leis ostensivamente violadoras de direitos fundamentais — v., por todos, Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, pp. 667 e ss.

zações internacionais”. Isto significa, portanto, que a Administração não se limita a dar execução a políticas definidas pelo legislador nacional, fruto de um poder democrático típico, mas cada vez mais a políticas europeias e internacionais fundadas em parâmetros técnico-científicos que exigem, para ser efectivas (eficazes), um esforço de interligação e articulação entre Administrações estaduais, aos quais são inerentes momentos de criação e inovação (implementação das políticas) em que a primeira palavra passa a ser da Administração.

Opera-se, assim, no âmbito da *actividade de implementação de políticas* uma *substituição* do princípio da legalidade formal por dimensões materiais daquele princípio, através da sua complementação com outros princípios como a eficiência, a prevenção ou a racionalidade económica, e até da aplicação/interpretação das soluções da lei em conformidade com aqueles princípios. Pode, portanto, afirmar-se que a legitimação das políticas e da actividade administrativa de implementação das mesmas não decorre exclusiva nem fundamentalmente da sua consagração em lei, mas antes da sua conformidade com os restantes princípios ⁽³³⁾.

Já a *neutralização* do princípio da legalidade formal resulta da ampliação dos domínios em que esta legalidade formal se limita a uma densidade meramente habilitante. O fenómeno foi exponenciado pelo desenvolvimento da *regulação*, pois as regras administrativas que “*governam*” os mercados e as actividades económicas livres são produto de princípios como a eficiência, a eficácia, a economicidade, o respeito pelos critérios materiais de serviço público e por critérios técnicos e de actualização tecnológica permanente e, mais recentemente, pela garantia da dignidade da pessoa humana (reconhecimento do mínimo de existência), não se circunscrevendo a normas legislativas de conteúdo predefinido. No domínio

⁽³³⁾ Mario DOGLIANI ressalta esta questão no contexto da perda de valor da lei como medida de justiça e de racionalidade da actuação administrativa, que hoje permite à Administração aceder directamente ao texto constitucional, ao nível constitucional (o autor aborda a questão também no âmbito da abertura constitucional decorrente da integração do Estado em comunidades supranacionais), e *responder* pela concretização desses valores perante as entidades de controlo das políticas — *in* «Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima», *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia...*, pp. 78-79. Entre nós, a questão das políticas públicas foi objecto de um estudo recente, no qual a autora apresenta uma construção menos radical, atendo-se mais às virtualidades que ainda reconhece ao princípio da legalidade, fruto de uma concepção mais arregada à bondade do princípio democrático — v. Maria da Glória DIAS GARCÍA, *Direito das políticas públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.

da regulação, as entidades administrativas, muitas delas constituídas como autoridades reguladoras pretensamente independentes do Governo, gozam de uma ampla margem de liberdade na criação das regras, *limitada* apenas pelos princípios substantivos antes mencionados e pela mera necessidade de uma lei formal habilitante ⁽³⁴⁾.

Nos dois exemplos acabados de referir — actividade de implementação de políticas e regulação administrativa — percebemos que o controlo segundo o princípio da legalidade formal não tem qualquer conteúdo útil, e levado às últimas consequências, pode até revelar-se contraproducente, por legitimar soluções que materialmente se comprove que não são aptas a cumprir os objectivos que legitimaram a sua instituição. Pense-se numa norma constante de um regulamento de acesso a redes de infra-estruturas essenciais aprovado por uma autoridade administrativa reguladora, que em vez de garantir a abertura do mercado põe em crise a sua sustentabilidade, ou a fixação de uma tarifa que afecta a universalidade do serviço. Que utilidade se retira do princípio da legalidade para controlar estas medidas administrativas? E do princípio da eficiência?

A resposta às questões anteriores é, em nosso entender, evidente: apenas o *princípio da eficiência* pode ter alguma valia no controlo daquelas normas, pois o princípio da legalidade, ao limitar-se a um nível habilitador, não pode servir de parâmetro material de controlo. Mesmo no sistema norte-americano, talhado para um controlo político do balanceamento dos poderes entre o executivo, as *agencies* e o Congresso, através da interpretação mais extensa da cláusula dos poderes implícitos, acaba por reconhecer-se que a margem de controlo das decisões de base técnica e científica adoptadas pelas *agencies* se há-de limitar aos casos em que o Congresso trate directamente da questão ou quando a delegue nas *agencies* e estas adoptem uma interpretação considerada não *admissível* segundo a racionalidade implícita à delegação ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Alguma doutrina refere-se aos poderes de regulação das entidades administrativas independentes como um caso de *poderes implícitos* — v. Giuseppe MOBIDELLI, «Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti», *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia...*, pp. 200 e ss.

⁽³⁵⁾ Reproduzimos aqui o conteúdo da *sentença Chevron*, que constitui o *leading case* nesta matéria, embora algumas decisões recentes do Supreme Court tenham posto em causa o seu conteúdo como é caso *USA vs Mead Corporation*. Sobre a *sentença Chevron* v. Matteo GNES, «Le autorità indipendenti», in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforma*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 114 e ss.

Como se percebe a partir do estudo do modelo norte-americano, matriz dos poderes reguladores independentes, a *regulação* não pode ser tratada com o instrumentário típico do controlo da actividade administrativa, pois não se trata de conferir ampla margem de discricionariedade a estas entidades, mas sim de *delegar nelas a tarefa de governar* os sectores económicos ⁽³⁶⁾ segundo parâmetros de eficiência e em respeito por alguns outros *inputs* públicos, como a universalidade, que aqui se assume como o novo linguajar do Estado Social. Se assim é, o controlo não pode ser de legalidade, mas sim de resultados, coisa para a qual o nosso modelo não parece estar ainda adaptado, a avaliar pelas decisões rudimentares do tribunal de comércio de Lisboa em matéria de controlo de decisões de entidades reguladoras e pela carência de decisões dos tribunais administrativos no que respeita ao controlo dos regulamentos emanados por estas entidades e da sua actividade. É urgente, nesta sede, instituir uma verdadeira instância de controlo da actividade reguladora, que abranja toda a actividade, quer o controlo das normas, quer o controlo dos actos praticados por estas entidades quando os mesmos consubstanciem a violação de interesses legítimos ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Quando nos referimos à actividade desenvolvida pelas autoridades reguladoras como o *exercício delegado de uma função de governo* queremos acentuar o seu papel de entidades administrativas, rejeitando a tese de que as mesmas possam ser qualificadas como entidades jurisdicionais ou quase-jurisdicionais. Com efeito, a actividade desenvolvida pelas autoridades reguladoras no âmbito da resolução de litígios pode e deve interpretar-se como uma actividade ainda materialmente administrativa, traduzida na ponderação de interesses em presença e proclamação da solução que melhor se ajusta à prossecução do interesse público. É isto que acontece, por exemplo, na autorização ou recusa de uma operação de concentração com fundamento na protecção dos direitos dos utentes ou na diminuição da qualidade do serviço, ou mesmo na decisão sobre a legitimidade de uma recusa de acesso à rede por parte do respectivo operador perante a solicitação de um *player* (actor no mercado). Trata-se de uma questão ainda administrativa porque não está em causa uma leitura unitária de uma restrição à liberdade de iniciativa económica privada no contexto da lei comercial, mas sim uma decisão complexa, que engloba uma ponderação autónoma prévia, fundada no interesse público, a qual é reservada às entidades administrativas no exercício da respectiva função, e que não pode deixar de ser interpretada como actividade materialmente administrativa. Esta interpretação não é posta em causa pelo facto de o TJCE admitir recurso directo de algumas decisões proferidas por autoridades reguladoras, uma vez que o conceito de “órgão jurisdicional nacional” inscrito no art. 234.º TCE não coincide necessariamente com o conceito de tribunal adoptado pelos Estados-membros (cf. Ac. TJCE C-17/00, de 29.11.2001) — v. TRILLO TORRES, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 13-21.

⁽³⁷⁾ Neste sentido se pronunciaram também os juízes espanhóis do *Tribunal Supremo* (Sala Terceira) e os juízes italianos do *Consiglio di Stato*, no VII Colóquio Italo-Espanhol

Mas igualmente desastroso se tem revelado o controlo, ou a tentativa de controlo, pelos tribunais administrativos, da legalidade substantiva da actividade administrativa que se destina a implementar políticas. O desastre deve-se, por um lado, ao facto de os tribunais administrativos nacionais continuarem a mobilizar nesta sede o instrumentário próprio do controlo da actividade administrativa ⁽³⁸⁾, não sendo capazes de ascender a patamares superiores, estabelecendo *passerelles jurídicas* com outros ordenamentos e colher neles os novos princípios jurídicos ⁽³⁹⁾, ou mesmo encetar um diálogo judicial com outras instâncias judiciais ⁽⁴⁰⁾, à semelhança do

subordinado ao tema do controlo judicial administrativo da discricionariedade técnica, em particular, sobre as autoridades administrativas independentes, que teve lugar em Roma, em Junho de 2007 — *v. Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica...*, *ob. cit.*

⁽³⁸⁾ No Ac. do STA de 06.03.2007 (Proc. N.01143/06), o tribunal, a propósito da verificação dos requisitos de uma decisão em processo cautelar, reconhece que a decisão de encerramento de blocos de partos em determinadas maternidades não deve ser entendido exclusivamente como acto político em sentido restrito, mas escuda-se depois no reconhecimento de uma reserva de administração impermeável ao controlo judicial a não ser com fundamento na violação dos princípios consagrados no art. 266.º/2 da C.R.P. (igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé) para justificar, com base no princípio da separação de poderes, o limite aos poderes de cognição do tribunal. Não criticamos a decisão alcançada pelo tribunal no caso concreto, mas questionamos o quadro do entendimento aí vertido de que a este não compete “apreciar, por exemplo, se é ou não adequado o encerramento das salas de partos (...) para atingir o fim em vista de redução da mortalidade infantil, designadamente se é ou não conveniente assegurar um ritmo de trabalho não inferior a 1500 partos anuais para adequada actualização e adestramento do pessoal”. Com efeito, ao tribunal não compete controlar a política — que no caso consiste na redução da mortalidade infantil —, mas não compreendemos a razão pela qual lhe há-de estar vedado o controlo das decisões destinadas a implementar a política, designadamente, como aí expressamente se afirma, o juízo de saber se as medidas são ou não adequadas a cumprir os fins. Não é ao juiz que cabe determinar se 1500 partos é ou não um número adequado ao adestramento do pessoal. Anuímos. Mas estará o mesmo impedido de mobilizar parâmetros e *standards* fixados por instituições internacionais a que Portugal se tenha vinculado, para efeitos de ponderação da proporcionalidade da medida, como seria o caso de critérios fixados pela Organização Mundial de Saúde, apenas por não estarem vertidos em normas de direito positivo nacional?

⁽³⁹⁾ Cf. Sabino CASSESE, *I Tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009.

⁽⁴⁰⁾ A expressão diálogo judicial é utilizada por Cassese (*v. ob. cit.*, p. 44), mas um dos exemplos mais recentes e impressionantes nesta matéria vem do Brasil, mais concretamente da decisão do Supremo Tribunal Federal daquele país no processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF n.º 101/2006) em matéria de importação de pneus usados, que resultou numa solução bastante criticada pela doutrina ao permitir a importa-

que já acontece noutros ordenamentos ⁽⁴¹⁾. Com efeito, a invocação do art. 266.º/2 da C.R.P. e dos princípios nela consignados como limite funcional do controlo judicial da actividade administrativa parece-nos excessivamente estreita para os tempos actuais e corre o risco de secundarizar o controlo judicial por instâncias nacionais, enxameando o nosso país de decisões judiciais adoptadas por instâncias internacionais. Com uma agravante, a regra das decisões dos tribunais internacionais é a da condenação do Estado português, pois é ele o sujeito jurídico à luz dos ordenamentos jurídicos onde as questões são colocadas em última instância, conduzindo a uma situação de *absoluta ineficiência e insustentabilidade financeira*, decorrente das indemnizações que acabam por ser arbitradas a este nível ⁽⁴²⁾. Veja-se o que tem acontecido com as recentes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo) ⁽⁴³⁾.

ção deste produto quando proveniente do Urugai e do Paraguai e proibir a mesma quando o produto fosse originário da União Europeia. Depois de a questão já ter sido apreciada pelo tribunal arbitral do Mercosul e pelo Painel de Resolução de Litígios na OMC, culmina com a referida decisão do STF, na qual é notório o diálogo que a Ministra Carmen Lúcia tenta estabelecer com as decisões anteriores a propósito do problema ambiental, embora a doutrina critique veementemente, e bem em nosso entender, a solução final, qualificando-a como “uma mistura de pragmatismo simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional” — palavras de Marcelo NEVES in *Transconstitucionalismo...*, pp. 247-249.

⁽⁴¹⁾ Veja-se o caso em que o *Canadian International Trade Tribunal*, a propósito da resolução do litígio entre o Governo Canadiano e a Deloitte & Touche, convoca as normas do NAFTA e do *Agreement on Government Procurement* da OMC para decidir um pedido de indemnização por perda de chance decorrente da não divulgação antecipada de alguns critérios para a adjudicação de serviços de auditoria num procedimento de *government procurement*. O referido tribunal canadiano mobilizou normas de direito internacional para delas extrair o *princípio da imparcialidade* que não gozava de formulação expressa na legislação nacional.

⁽⁴²⁾ Como bem sublinha CASALTA NABAIS, sendo o suporte financeiro do Estado contemporâneo o Estado fiscal, não deve ignorar-se que quem suporta em última instância estes custos de ineficiência, decorrentes das indemnizações que o Estado é obrigado a pagar, são os contribuintes — v. «Reflexões sobre quem paga a conta do Estado social», *Ciência e Técnica Fiscal*, 2008/421, pp. 7 e ss.

⁽⁴³⁾ Cf., por último, *Castro Ferreira Leite c. Portugal (Requête n.º 19881/06)*, 1.12.2009, condenação do Estado Português por morosidade processual (violação do art. 6.º, § 1, da Convenção) numa acção de investigação de paternidade que durou 13 anos e *Sequeira c. Portugal (Requête n.º 18545/06)*, 20.10.2009, condenação do Estado Português por morosidade processual (violação do art. 6.º, § 1, da Convenção) numa acção de ressarcimento de créditos salariais que durou cerca de 15 anos. Nestes dois acórdãos não foram fixadas indemnizações por não terem as mesmas sido pedidas pelos requerentes, mas

Por outro lado, os tribunais administrativos revelam também incapacidade para controlar as medidas de implementação da política sem se transformarem em “guardiões das políticas” quando procuram resolver os litígios fora do instrumental próprio do direito administrativo tradicional⁽⁴⁴⁾.

Significa, portanto, que há muito caminho a percorrer na adaptação da justiça administrativa às exigências do novo modelo de controlo da actividade administrativa, sobretudo no campo da implementação de políticas e dos procedimentos adoptados para o efeito⁽⁴⁵⁾. Não queremos com isto dizer que não seja necessário (re)ajustar todo o sistema de controlo, que deve passar, desde logo, pela integração/assimilação das formas de controlo extrajudicial, seja de auto-controlo público (ex. *controlling*, avaliação), seja de auto-controlo privado com supervisão pública (ex. monitorização e reavaliação), no contexto de um pré-patamar administrativo (regresso da pronúncia administrativa prévia, agora fundamentada em razões de natureza técnica) sujeito a um escrutínio judicial da juridicidade das soluções.

Não se trata, neste caso, de *controlar as políticas*, que continuam a ser livremente definidas pelo poder político e controladas pelos mecanismos próprios de controlo do poder político, coibindo os tribunais, por exemplo, de julgar as decisões que dão prevalência à prossecução de um interesse público em preterição de outro (ex. canalização de recursos económicos e financeiros para apoio a um sector económico em prejuízo do aumento de apoios sociais). *A escolha do interesse público prevalecente* constitui ainda a função primária reservada ao poder político. Trata-se apenas de *controlar a actividade administrativa de implementação das políticas*, aquilatando da sua conformidade com os princípios jurídicos

nos restantes processos relativos à reforma agrária, em que Portugal tem sido sucessivamente condenado, têm sido arbitradas avultadas somas a título de reparação de prejuízos (ex. *Companhia Agrícola do Vale do Água c. Portugal — Requête n.º 11019/06*) e uma média de 8000 euros por danos morais e 2000 euros por custas de despesas.

⁽⁴⁴⁾ Veja-se o caso do Ac. do TCA Sul, de 5.3.2009, Proc. 4493/08, anotado por nós, «Manifestação da nova ciência do direito administrativo ou infeliz coincidência?», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2009/77, pp. 29 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Trata-se de reconhecer que o procedimento administrativo é uma forma de concretização de direito material e não apenas um conjunto de regras formais ao serviço de uma finalidade — v. Friedrich SCHOCH, «Gerichtliche Verwaltungskontrollen», HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht III*, Beck, München, 2009, p. 867.

fundamentais. No que toca ao princípio da eficiência, aceitando o seu carácter de princípio fundamental nos termos antes expostos, diremos que o mesmo apenas pode ser operativo como medida da actividade administrativa prosseguida, enquanto *critério de avaliação dos meios escolhidos*, e não a *jusante* dela, ou seja, como medida da *escolha do fim público a prosseguir*.

Em boa verdade, não se trata de propor uma revolução em matéria de controlo da actividade estadual, pois há muito que se toma por assente a possibilidade de controlo judicial da actividade prestadora do Estado Social, mas apenas de ajustar aquele controlo à complexidade técnica, à “nova geografia jurídica estadual” e aos parâmetros de eficiência impostos pelo princípio da sustentabilidade como forma de optimização do bem-estar da população ⁽⁴⁶⁾. Trata-se de ampliar os mecanismos de *responsividade estadual* emergentes da abertura constitucional e da multiplicação dos parâmetros de racionalidade que fazem parte de uma Sociedade mais informada, melhor preparada e mais participativa, como é a nossa, e de reconhecer a existência de limites mais intensos à autotutela administrativa fundada exclusivamente na legalidade (sobretudo nacional). A revelação de novos princípios jurídicos fundamentais impede actualmente a Administração de se colocar a salvo do controlo, e do poder judicial, alegando estar a coberto de uma qualquer lei ⁽⁴⁷⁾.

4. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO SUCEDÂNEO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA “ACTIVIDADE PRIVADA” DAS ENTIDADES PÚBLICAS E O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS

O campo privilegiado de aplicação do *princípio da eficiência* será, em nosso entender, o do controlo da actividade privada das entidades públicas, ou seja, daquelas que procuraram há algum tempo ficar a salvo das constricções típicas do princípio da legalidade, clamando pela necessidade de flexibilização dos instrumentos de actuação como forma de cum-

⁽⁴⁶⁾ Assim, Sabino CASSESE, «Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico», *Annuario*, 2006, p. 97.

⁽⁴⁷⁾ Sobre os novos contornos da autotutela administrativa no contexto europeizado v. Bernardo Giorgio MATTARELLA, «Autotutela amministrativa e principio di legalità», *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia...*, pp. 334 e ss.

prir as finalidades que lhe haviam sido cometidas, mas que continuam a gravitar no universo do público, e a comportarem-se como *free-riders* das suas vantagens. Referimo-nos, muito em especial, à actividade das entidades que fazem parte do *sector empresarial do Estado* e ao *exercício da função administrativa por via contratual*.

A extensão dos temas antes enunciados impede-nos de proceder à sua análise em termos gerais. Isto significa que a economia (ou talvez melhor a eficiência) do presente trabalho impõe que nos concentremos em dois casos recentes e paradigmáticos que deram origem a duas decisões polémicas do Tribunal de Contas.

Referimo-nos, em primeiro lugar, ao Ac. n.º 106/09 (Proc. 193/09), de 11.05.2009, ainda não transitado em julgado, no qual o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de prestação de serviços celebrado entre o Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e a Parque Expo, 98, S.A., por considerar que o mesmo não podia ser reconduzidos a uma operação *in house* (acórdão Parque Expo). Em segundo lugar, analisaremos ainda o Ac. n.º 169/09 (Proc. 585/09), de 23.11.2009, também ainda não transitado em julgado, 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 e para o que releva na nossa análise, por não terem sido realizados os estudos do *comparador público* legalmente exigidos para a celebração de uma parceria público-privada (acórdão Estradas de Portugal).

Recorde-se, antes de passarmos à análise dos acórdãos, que o Tribunal de Contas goza entre nós de reconhecido estatuto constitucional como órgão supremo de “*fiscalização da legalidade das despesas públicas* e de *juízo das contas* que a lei mandar submeter-lhe” (art. 214.º da C.R.P.). Já a respectiva lei de organização e processo, a Lei n.º 98/97 (LTC), na sua redacção actualizada ⁽⁴⁸⁾, acrescenta ao conteúdo funcional da jurisdição do Tribunal de Contas definido constitucionalmente, também a “*apreciação da boa gestão financeira*” (art. 1.º/1 da LTC). Talvez por essa razão, o Tribunal de Contas vem fazendo uma “*interpretação generosa*” do alcance dos seus poderes de controlo, muito para além de um mero controlo da legalidade financeira

⁽⁴⁸⁾ Versão consultada, com todas as actualizações, disponível no site do Tribunal de Contas: <http://www.tcontas.pt>.

da despesa pública ⁽⁴⁹⁾, fundamentando-se nos arts. 5.º/1/c) e art. 44.º/3/c) da LTC, nos quais se estipula o poder de aquele tribunal “*fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, 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 subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas*” e o poder de recusar o visto com fundamento na desconformidade do acto com as leis em vigor que implique “*ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*”. Assim, o Tribunal de Contas tem feito uso destes poderes que legalmente lhe foram confiados para se imiscuir na racionalidade económico-financeira de algumas decisões que integram o núcleo material do que vimos designando como actividade administrativa de implementação de políticas.

O primeiro exemplo escolhido — o Acórdão Parque Expo — mostra a preocupação do Tribunal de Contas em realizar uma interpretação do conceito de *contratação in house* ⁽⁵⁰⁾ em conformidade com o direito europeu, encetando mesmo, ao longo do acórdão, um *judicial dialogue* com o TJCE na delimitação do respectivo sentido ⁽⁵¹⁾. Assim, começa por invocar o acórdão *Teckal*, que estabeleceu, pela primeira vez, os requisitos da contratação *in house*, os quais se encontram também expressos no art. 5.º/2 do Código dos Contratos Públicos — a existência de um *controlo análogo* àquele que as entidades adjudicantes exercem sobre os serviços e *o essencial da actividade exercida pela adjudicatária* ser em proveito da entidade

⁽⁴⁹⁾ Sobre os poderes do Tribunal de Contas *v.*, por último, José TAVARES, «Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2008/71, pp. 38 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Sobre o tema da *contratação in house*, entre nós, *v.* Bernardo AZEVEDO, «Contratação *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado», *Estudos de Contratação Pública I*, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, pp. 115 e ss.

⁽⁵¹⁾ É importante verificar o *judicial dialogue* através da leitura da decisão do Tribunal de Contas onde se podem encontrar as referências completas às decisões do TJCE que iremos enunciando aqui.

adjudicante —, seguindo-se a referência aos acórdãos *Stadt Halle* e *Parking Brixen* para justificar a necessidade de uma interpretação restritiva daqueles conceitos indeterminados. De seguida, aderindo aos fundamentos avançados pelo TJCE, e sem se ater a uma interpretação própria do art. 5.º/2 do Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Contas conclui, em primeiro lugar, que por se tratar de uma sociedade de capitais inteiramente públicos e o Estado emitir orientações genéricas e específicas sobre a sua actividade, o mesmo exerce sobre a Parque Expo um *controlo análogo* àquele que exerce sobre os seus serviços, considerando, por esta razão, preenchida a primeira exigência. Todavia, ao apreciar a verificação do segundo requisito, o Tribunal concluiu, seguindo igualmente a interpretação adoptada pelo TJCE nos acórdãos *Carbotermo* e *Tragsa*, que a Parque Expo não realizava o essencial da sua actividade para o Estado, desde logo porque o volume da sua facturação revelava grande envolvimento com o sector privado.

Ora, é a apreciação que o Tribunal de Contas faz do preenchimento do segundo requisito que nos merece algumas considerações. Com efeito, observa-se que a maioria dos destinatários dos serviços prestados pela Parque Expo no ano de 2008 foram as Sociedades Polis, as empresas municipais e os municípios, tendo o Estado alegado, e provado através das Resoluções do Conselho de Ministros anexadas ao processo, que aqueles serviços haviam sido prestados pela empresa *por determinação* do Estado e, nessa medida, deveriam ser considerados serviços prestados *em benefício* do Estado. O Tribunal, porém, sufragou um entendimento diferente, amparando-se na interpretação restritiva do conceito de contratação *in house* exigido pelo TJCE, na participação accionista da Parque Expo noutras empresas e na orientação estratégica traçada pelo Estado para a empresa, que previa a sua internacionalização, concluiu que a Parque Expo se comportava como “um agente económico em livre concorrência”, não permitindo a qualificação do contrato celebrado entre a mesma e o MAOTDR como uma contratação *in house*, fundamentando desta forma a ilegalidade impeditiva da concessão do visto.

Resulta desta decisão uma conclusão importante, o Tribunal de Contas actuou neste caso como um “guardião da política concorrencial europeia”, através de uma interpretação do preceito legal nacional em conformidade com o direito europeu, mais precisamente, dando-lhe o sentido mais restrito que o TJCE tem vindo a adoptar. E assim, apesar de na prática se assistir a uma prestação de serviços no universo do público (parque expo, sociedades polis, empresas municipais, municípios e Estado)

o Tribunal reconduz esta prestação de serviços no universo empresarial público a um regime de concorrência e mercado, que impõe, em última instância, a abertura desta actividade — promoção e gestão de operações urbanísticas — aos “verdadeiros privados”. No fundo, desta decisão do Tribunal de Contas, emitida por ocasião de um controlo de legalidade financeira, resulta a privatização de uma actividade que parecia estar confinada ao sector público empresarial para força do jogo da contratação *in house*. Independentemente da vantagem ou desvantagem que advenha da solução final, *maxime* da maior eficiência na utilização dos recursos públicos que venham a ser dispendidos nesta tarefa, há duas perguntas que não podem deixar de ser formuladas: esta decisão é de conteúdo político ou financeiro? O Tribunal de Contas será a entidade mais adequada para a emissão deste tipo de decisões?

Vejam agora a questão subjacente ao Acórdão Auto-Estradas. Interessa-nos, neste caso, analisar apenas um dos fundamentos invocados pelo Tribunal para a recusa do visto: a *falta do estudo do comparador público*.

O contrato de subconcessão submetido a apreciação do Tribunal de Contas insere-se no âmbito da nova política de gestão de infra-estruturas rodoviárias, traçado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2007, de 11 de Julho ⁽⁵²⁾, que visa aplicar, no âmbito nacional, as orientações da política europeia nesta matéria. Assim, a implementação da referida política assentou, primeiro, na aprovação do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro, que transformou a EP — Estradas de Portugal, E. P. E. em sociedade anónima de capitais públicos, dando-lhe a denominação de EP — Estradas de Portugal, S. A. (EP), e aprovando os estatutos da nova sociedade, e, posteriormente, na atribuição à EP da concessão do financiamento, concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional, através do Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, diploma que aprovou as respectivas bases. Por último, a Resolução do Conselho de Ministros

⁽⁵²⁾ A implementação da estratégia traçada naquele instrumento normativo implicava as seguintes medidas: 1) revisão do plano rodoviário nacional; 2) transformação da EP — Estradas de Portugal, E.P.E. numa sociedade anónima de capitais públicos; 3) concessão da rede rodoviária nacional àquela sociedade através de um contrato; 4) criação de um instituto regulador; e, 5) criação de uma contribuição especial para o serviço rodoviário.

n.º 174-A/2007, de 23 de Novembro, aprovou a minuta do contrato da concessão geral da rede rodoviária nacional que viria a ser celebrado entre o Estado e a EP, e as Resoluções do Conselho de Ministros n.º 177/2007, de 10 de Dezembro e n.º 181/2007, de 11 de Dezembro, aprovaram as instruções dadas à EP (previstas no concreto de concessão no âmbito dos poderes do concedente) em matéria de empreendimentos prioritários, podendo ler-se no respectivo texto uma instrução directa à EP para o lançamento, em determinado prazo, dos concursos públicos internacionais para as subconcessões dos troços identificados em regime de parceria público-privada.

Isto significa que foi no cumprimento daquela instrução jurídico-política explícita, emitida pelo concedente Estado, que a EP veio a abrir o concurso público para a subconcessão relativa à concepção, construção, aumento do número de vias, alargamento, financiamento, exploração, operação e manutenção de diversos lanços de auto-estrada e de vias do Litoral Oeste, a qual veio a ser adjudicada à empresa AELO — Auto-estradas do Litoral Oeste, S.A., e a cujo contrato foi agora negado o visto pelo Tribunal de Contas.

Ora, um dos fundamentos que justificou a recusa do visto, e que aqui elegemos para análise, consiste na falta de realização do estudo do comparador público, exigido no art. 6.º/1/c) do regime jurídico das parcerias público-privadas ⁽⁵³⁾. Segundo o disposto no mencionado artigo da lei, “*o lançamento e a contratação de uma parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do art. 19.º da lei de do enquadramento orçamental*”, dispondo ainda o art. 8.º/7/d) do mesmo regime jurídico, a propósito da tarefa cometida à comissão de acompanhamento da parceria no âmbito da análise estratégica e financeira a ela subjacente, que se demonstre a “*inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira*”. Trata-se de algumas cautelas, legislativamente consagradas, com intuito de minorar ou pelo menos acompanhar os possíveis efeitos *free-rider* das parcerias, e de neutralizar, preventivamente,

⁽⁵³⁾ O regime jurídico das parcerias público-privadas foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

as suspeitas pelo mau uso desta técnica contratual na prossecução da *função governativa* ⁽⁵⁴⁾.

Todavia, no caso concreto, a EP alegou que a escolha da parceria público-privada não resultou de uma decisão da empresa, mas sim de uma imposição do Governo. O Tribunal entendeu, contudo, que esta argumentação não era suficiente para afastar a obrigação de realização do referido estudo do comparador do sector público, pois essa obrigação legal impunha sobre a EP e sobre o Estado e nenhum deles assegurou o respectivo cumprimento ⁽⁵⁵⁾. O tribunal enfatiza a importância do *comparador público* — estudo de um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida — como elemento de *legitimação* da escolha do modelo económico da parceria, comparativamente a outros, por ser dotado de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira. O Tribunal afirma mesmo, a este propósito, que se trata de verificar o cumprimento ou não de um *dever legal de boa administração*.

A questão subjacente a este problema é clara: o tribunal argumenta com o controlo do princípio da eficiência, a necessidade de justificar racionalmente a escolha do modelo da parceria segundo critérios técnico-científicos e económico-financeiros, e a EP e o Governo, este último intervém indirectamente no litígio na qualidade de concedente e decisor material da escolha do modelo de parceria, invocam a decisão política como limite ao controlo do tribunal. A resposta também é clara: ou aceitamos que o *princípio da eficiência* é hoje um princípio jurídico fundamental, que integra o nosso ordenamento jurídico na ancoragem do transconstitucionalismo ⁽⁵⁶⁾, e pode ser mobilizado pelos órgãos do controlo para

⁽⁵⁴⁾ Sobre a relevância da *accountability* preventiva da contratualização no contexto da *public law* v. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, 2008, pp. 113 e ss.

⁽⁵⁵⁾ No acórdão é ainda afastada a possibilidade de o Estudo de “Análise de Viabilidade Económica” poder suprir a falta de comparador do sector público, uma vez que aquele estudo se limita a aferir da viabilidade económica do projecto, na perspectiva de apurar se os resultados seriam atractivos, do ponto de vista financeiro, para o sector privado?”.

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, Giacinto della CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 91 e ss.

aferir da juridicidade da actividade administrativa, ou rejeitamos este entendimento, e alinhamos pelo reconhecimento de um limite funcional ao controlo judicial, por se tratar de uma escolha política, para mais, vertida em acto legislativo.

Pela nossa parte não escondemos a simpatia pelo reconhecimento e mobilização do *princípio da eficiência* como parâmetro de controlo. Trata-se, a nosso ver, ainda de um controlo da legalidade (eficiência) das medidas de implementação da política e não de um controlo de eficácia da política ou de um controlo político da gestão orçamental. Isto não significa, porém, que não voltemos a reiterar as nossas dúvidas quanto à legitimidade do Tribunal de Contas para a realização deste tipo de controlo, sobretudo quando é feito a propósito ou por ocasião do controlo da legalidade financeira dos actos que envolvem despesa pública.

Os dois exemplos escolhidos revelam bem o que antes anunciámos: o Tribunal de Contas vem chamando a si, a propósito do controlo da legalidade financeira, o controlo do princípio da eficiência na actividade administrativa de implementação de políticas. Fenómeno que se deve também ao facto de uma boa parte desta actividade procurar escapar ao controlo dos tribunais administrativos através da adopção de forma de “fuga para o direito privado”⁽⁵⁷⁾.

EM JEITO DE CONCLUSÃO

Com estas breves notas sobre a elevação do princípio da eficiência a princípio fundamental e sobre a sua operatividade prática no controlo da actividade de implementação de políticas, esperamos, pelo menos, ter dado o mote para uma reflexão sobre a necessidade de *reduzir a margem da decisão política*, impondo regras e princípios claros que garantam valores fundamentais, como a *sustentabilidade financeira*. Algumas áreas económico-sociais antes menos estudadas e sobretudo menos tecnicizadas eram absorvidas pelo Estado como forma de garantia da universalidade do bem-estar. Hoje, contudo, os *padrões de bem-estar estão mais elevados* e, principalmente, *mais diversificados*. Em vez de *cidadãos* que procuram

⁽⁵⁷⁾ Sobre a “fuga para o direito privado”, entre nós, por todos, Maria João ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999.

um acesso igual a prestações e serviços públicos, encontramos *clientes e utentes* informados (até nas funções estaduais típicas como a defesa e a garantia da ordem pública) que reclamam qualidade e possibilidade de escolha ⁽⁵⁸⁾.

É a esta Sociedade que o Estado tem de dar resposta e é para esta resposta que a Administração se tem de profissionalizar e preparar, subordinando-se a critérios de princípios de actuação mais exigentes que uma mera legalidade formal. É urgente que o poder político perceba que se tem de apresentar hoje perante a Sociedade não só com argumentos e ideologias, mas também apetrechado com soluções ajustadas aos mais exigentes *mecanismos de garantia da optimização do bem-estar social num contexto globalizado*, e para isso é importante ir instituindo novos mecanismos de controlo.

Por discutir ficaram questões igualmente fervilhantes, como a relevância dos novos instrumentos de participação democrática que esbatem a fronteira entre direito constitucional e administrativo, e constituem, em si, uma alternativa como atenuação a um aumento do peso do poder judicial, ou os esquemas de *governance* entre Estado e Sociedade que permitem questionar o limite da esfera do direito público, mas também na elaboração do nosso texto quisemos respeitar o critério da eficiência, tentando transmitir ao leitor o sentido das grandes mudanças a partir da selecção de problemas e exemplos que são, a nosso ver, os mais impressionantes.

⁽⁵⁸⁾ A doutrina refere-se à transformação dos utentes em cliente como uma nova terminologia *trendy* decorrente da “nova cultura de responsabilidade” dos serviços públicos — v. Filippo PATRONI GRIFFI, «La “cultura della responsabilità” nell’amministrazione quale fattore propulsivo dell’efficienza. Le prospettive: sistemi di valutazione e danno da ritardo», in AMATO / GAROFOLI, *I tre assi...*, pp. 141 e ss.