

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas – Especialidade em Direito
Constitucional



Do princípio da eficiência: conceito, delimitação e controle

CAMILA VASQUEZ PINHEIRO GOMES

LISBOA
2021

Camila Vasquez Pinheiro Gomes

Do princípio da eficiência: conceito, delimitação e controle

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa como
critério parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito e Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof. Dra. Nazaré Saldanha
Póvoas da Costa Cabral.

LISBOA

2021

Camila Vasquez Pinheiro Gomes

Do princípio da eficiência: conceito, delimitação e controle

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como critério parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Ciências Jurídicas.

Data da defesa:

Conceito:

Banca examinadora:

_____ - Orientadora

Prof. Dra. Nazaré Saldanha Póvoas da Costa Cabral

Doutora em Direito e Ciências Jurídicas Económicas

Universidade de Lisboa – ULisboa

_____ - Examinador(a)

_____ - Examinador(a)

_____ - Examinador(a)

_____ - Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, que atravessou o oceano atlântico para que eu realizasse um sonho.

À minha filha Helena, a melhor que eu poderia ter, pela leveza que imprimiu a este processo.

Ao meu marido, Mário, pela compreensão e apoio de sempre.

Aos professores da Universidade de Lisboa, em especial à minha Orientadora, Prof^a Dr^a Nazaré Cabral, meu muito obrigada pelo conhecimento, orientação e disponibilidade.

RESUMO

O presente trabalho visa delimitar o conceito do princípio da eficiência aplicado à administração pública, a partir dos seus conceitos económico, jurídico constitucional e financeiro, além de verificar a possibilidade de seu controle pelos Tribunais, mormente em Portugal e no Brasil. Assim, é inegável que a tendência de reforma gerencial da administração pública alçou o princípio da eficiência a elemento central e legitimador da atuação pública, de modo que passou a ser princípio constitucionalizado em diversos Ordenamentos Jurídicos. Ainda que não constitucionalizado, busca-se demonstrar que o princípio da eficiência é pressuposto de legitimidade da administração pública no regime democrático, consistindo em princípio implícito. Em que pese a resistência doutrinária e jurisprudencial em manejá-lo como parâmetro de controle da atuação administrativa, pretende-se perquirir se o aludido princípio possui densidade suficiente para servir de parâmetro objetivo de controle.

PALAVRAS-CHAVE: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – TRIBUNAIS DE CONTAS – POLÍTICAS PÚBLICAS

ABSTRACT

The present work aims to define the concept of the principle of efficiency applied to the public administration, based on its economic, legal, constitutional and financial concepts, in addition to verifying the possibility of its control by the different courts, especially in Portugal and Brazil. Thus, it is undeniable that the trend of managerial reform of public administration has raised the principle of efficiency to a central and legitimizing element of public action, so that it has become a constitutionalized principle in several Legal Orders. Even when the aforementioned principle is not constitutionalized, it arises as an implicit requirement to the legitimacy of public administration in the democratic regime, consisting of an implicit principle. In spite of the doctrinal and jurisprudential resistance in handling it as a control parameter of administrative performance, the present paper intends to investigate whether the mentioned principle has sufficient density to serve as an objective control parameter.

KEY WORDS: PRINCIPLE OF EFFICIENCY – AUDIT OFFICE – PUBLIC POLICY

LISTA DE SIGLAS

ACB – Análise de Custos e Benefícios

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DF – Distrito Federal

EUA – Estados Unidos da América

GAO - *Government Accountability Office*

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

INTOSAI – *International Organization of Supreme Audit Institutions*

IP – Informação de Performance

OECD – *Organization for Economic Cooperation and Development*

PISA - *Programme for International Student Assessment*

Resp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

ÍNDICE

Agradecimentos	4
Resumo.....	5
Lista de Siglas.....	7
Introdução.....	10
1. Capítulo 1: A eficiência.....	14
1.1. Conceito econômico.....	14
1.2. Conceito jurídico constitucional.....	22
1.3. Conceito jurídico financeiro.....	33
1.4. O princípio da eficiência e a gestão orçamental.....	42
1.5. Outros conceitos afins.....	50
1.5.1. Externalidades positivas e negativas.....	50
1.5.2. Efetividade, eficácia e eficiência.....	54
1.6. O princípio da eficiência à luz da execução e implementação das políticas públicas.....	55
2. Capítulo 2: Controle financeiro da gestão pública	66
2.1. Classificação do Controle externo da atividade administrativa: Controle Político x Controle técnico Financeiro x Controle comum Judicial.....	74
2.2. Modelos de controle externo: continental e saxônico.....	76
2.2.1. O modelo Anglo-saxão de Controle Externo (também conhecido como modelo de Westminster ou modelo Parlamentarista).....	79
2.2.2. O Modelo de <i>Audit Board</i> de Controle Externo (também conhecido como “ <i>Board Model</i> ” ou “ <i>collegiate model</i> ”).....	83
2.2.3. O modelo de Tribunal de Contas (também conhecido como modelo Judicial, modelo napoleônico, modelo continental ou Latino).....	84
2.3. Reflexões acerca do funcionamento adequado dos modelos de controle externo da Administração Pública	87
2.4. Legalidade estrita x Controle da atuação discricionária (controle de mérito do ato administrativo).....	90
2.4.1. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	100
2.4.2. Discricionariedade e mérito	102

2.4.3.	Controle externo financeiro da discricionariedade administrativa.....	103
2.5.	Exemplos de controle externo: Portugal, Brasil e Estados Unidos	108
2.5.1.	Controle Externo em Portugal	108
2.5.2.	Controle Externo nos Estados Unidos da América	113
2.5.3.	Controle Externo no Brasil	115
3.	Capítulo 3: Instrumentos de Controle do princípio da eficiência.....	118
3.1.	O modelo de auditoria.....	118
3.2.	O Conceito de <i>Value for Money</i>	135
3.2.1.	Análise de Custo / Benefício.....	138
3.2.2.	Análise de Custo / Efetividade.....	143
3.2.3.	A posteriori: manejo da análise de custo benefício como ferramenta de avaliação de políticas públicas.....	144
3.3.	Mensuração comparativa de performance (<i>comparative performance measurement</i>).....	144
3.4.	A informação de performance.....	146
3.5.	O controle social	150
4.	Capítulo 4 – O princípio da eficiência e a Constituição.....	158
4.1.	Legislação – Constituições e o princípio da eficiência.....	158
4.1.1.	O princípio da eficiência da administração pública no Brasil.....	161
4.1.2.	O princípio da eficiência no Ordenamento jurídico de Portugal.....	167
4.2.	Princípio da eficiência x princípio da legalidade.....	175
4.3.	Princípio da eficiência como pressuposto do regime democrático.....	183
4.4.	A densificação do princípio da eficiência e o seu controle.....	190
5.	Capítulo 5 – Análise de casos concretos.....	198
5.1.	A jurisprudência sobre o princípio da eficiência no Brasil.....	198
5.1.1.	Supremo Tribunal Federal.....	198
5.1.2.	Tribunal de Contas da União.....	202
5.2.	O princípio da eficiência em Portugal.....	207
5.2.1.	O Tribunal Constitucional.....	207
5.2.2.	O princípio da eficiência no Tribunal de Contas.....	210
6.	Conclusão.....	213
	Bibliografia.....	216

Introdução

O princípio da eficiência ingressou no mundo jurídico importado das ciências económicas, como imperativo que deve permear a atuação administrativa, ante os anseios de efetividade dos direitos fundamentais e eficiência das políticas públicas. Assim, exige-se do Estado cada vez mais uma atuação económica, proporcional, finalística e eficiente.

Em que pese a sua possibilidade de transplante para diversas ciências, como a teoria da administração de empresas, economia, dentre outras, faz-se mister traçar seu conceito dentro da ciência jurídica e aplicado à administração pública, a fim de evitar confusões conceituais e promover a sua plena aplicabilidade.

De grande valia neste intento é a escola da Análise Económica do Direito, porta de entrada do princípio da eficiência no mundo jurídico, que já se encontra espraiado para as diversas áreas do Direito. No presente trabalho pretende-se analisar a eficiência jurídica aplicada à atuação administrativa, afastando seu conteúdo meramente retórico e figurado.

Em que pese a eventual diminuição do aparato físico do Estado¹ é inegável o crescimento do seu papel na sociedade, como concretizador de direitos fundamentais e promotor do Estado de bem-estar social.

É justamente o crescimento das expectativas em torno da atuação estatal, não correspondidas por uma atuação de qualidade, que o coloca na situação contemporânea de crise de legitimidade², cuja solução perpassa, necessariamente, pela exploração e convicção de que ao Estado é mandatória a adoção de princípios otimizadores da sua atuação, *inter alia*, o princípio da eficiência.

Assim, a eficiência na atuação pública nasce a partir da escassez de recursos públicos, ocasionando a realização de “escolhas trágicas” pelo agente estatal, a fim de selecionar quais necessidades públicas devem ser atendidas e qual o melhor caminho para este atendimento. O mencionado dever é universal e, consoante será demonstrado no presente trabalho, se encontra constitucionalizado em diversos países.

1"Tem-se empregado a delegação nos casos em que, exigindo o desempenho do serviço de qualidades de devoção e desinteresse, se mostre difícil conseguir o seu funcionamento satisfatório com o emprego de agentes administrativos, recrutados, remunerados e sujeitos à disciplina nos termos habituais da Administração Pública" (...) "Quanto à concessão, tem sido usada: a) para criar serviços públicos novos; b) para libertar a administração da gestão ruínosa de serviços existentes; c) para aproveitar os benefícios da iniciativa privada dentro da disciplina do interesse público". in CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. p. 238

2LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 99.

Adota-se no presente trabalho a noção de que, independente de sua constitucionalização, o princípio da eficiência é princípio implícito da atuação administrativa e decorre da característica republicana do atual Estado de Bem-Estar. Tanto assim é que, configurado como princípio constitucional ou não, o malferimento do princípio da eficiência é responsável, em grande medida, pela crise de legitimidade vivida pelos Estados de diversos países no cenário do neoconstitucionalismo.

Como consequência da aludida crise de legitimidade da administração pública, ocorre a importação dos princípios norteadores da administração privada e gerencial, substituindo, em certa medida, o controle da atuação pelo controle de resultados, com foco em instrumentos como a Parceria Público Privada³ e a aplicação da noção anglo-saxônica de *value for money*.

Em outras palavras, a tendência pela adoção de uma administração pública gerencial, aos moldes da gestão privada, revela a insatisfação com o modelo tradicional burocrático de atuação estatal, focado no legalismo estrito, na preservação da burocracia e na atenção ao procedimento. Em seu lugar, surge a orientação para a verificação de resultados, oferecendo novos instrumentos ao agente administrativo, para o atendimento das necessidades públicas.

Percebe-se que a sociedade demanda do Estado, com grande impaciência, que a sua atuação gere frutos para o cidadão, trazendo respostas válidas às necessidades públicas. Em outras palavras, espera-se do Estado na atualidade que, para além de uma atuação legal, exista qualidade no agir estatal.

Neste esboço, em que pese sua urgência, o tema carece de trato no mundo acadêmico e perante os Tribunais, restando justificada a relevância do tema pela existência de doutrina abalizada que rejeita a existência do mencionado princípio jurídico, entendendo-o como mero “adorno” da administração pública. Há ainda relevante doutrina que afirma tratar-se de princípio que cria um dever para administração pública não passível de controle pelos Tribunais, em espécie de dever jurídico imperfeito.

Nota-se, portanto, que muitas vezes os Tribunais não se encontram municiados de instrumentos técnicos para realizar o controle da eficiência administrativa, bem desenvolvido nos países de tradição anglo-saxã, porém incipiente nos países de tradição latina, demonstrando que eventual diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos pode ocasionar bons frutos para a cidadania em geral.

³“Os princípios constitucionais da eficiência do sector público, da reprivatização e de um modelo de economia mista fundamentaram uma preferência implícita da constituição por formas jurídico-privadas de organização da intervenção empresarial do Estado” in OTERO, Paulo. **Relatório de uma disciplina - Direito Administrativo**. p. 251

Conforme tentar-se-á demonstrar no presente trabalho, os Tribunais, considerados em termos gerais, realizam, em grande medida, controle de legalidade, sendo ainda tímidas as iniciativas de controle de resultados e de eficiência da gestão pública.

Hodiernamente é no controle externo financeiro, caracterizado pelo sistema de controladorias e Tribunais de Contas, que o princípio da eficiência encontra maior relevância, considerando que tais órgãos são aparelhados para a análise técnica dos gastos públicos, possuindo *expertise* na realização de auditorias operacionais e maior afeição às ciências económicas.

Existe, na doutrina, cisão acerca da possibilidade de controle de eficiência pelos órgãos de controle financeiro e demais órgãos de controle, bem como acerca da sua clara delimitação e existência autônoma do mundo jurídico. Assim, há, dentre os autores revisados, resistência acerca da existência de um conceito delimitado acerca da eficiência, bem como ceticismo em relação à sua qualidade de princípio jurídico aplicável à Administração Pública, e do seu papel como parâmetro de controle da atuação pública.

Em resposta a estes questionamentos, busca o presente trabalho perquirir se o princípio da eficiência possui densidade jurídica e se o seu controle constitui imperativo constitucional implícito aos regimes republicanos. É justamente a existência de densidade e assertividade de sentido que poderá legitimar o seu manejo como parâmetro de controle, conforme se pretende demonstrar.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em cinco capítulos, de modo que o capítulo primeiro aborda o conceito de eficiência, tanto em sua acepção económica como em sua abordagem jurídica, com especial atenção à noção de eficiência aplicada ao ciclo das políticas públicas, instrumento concretizador dos direitos fundamentais.

No capítulo 2, serão exploradas as formas de controle da Administração Pública. Considerando que o presente trabalho não trata de um Ordenamento Jurídico específico, fez-se presente a necessidade de sistematizar o controle financeiro externo, de maior vocação ao controle da eficiência, de modo que serão analisados os diferentes sistemas desta modalidade de controle.

Uma vez constatado que grande parte da oposição ao controle do princípio da eficiência se dá em razão do seu suposto confinamento ao mérito administrativo, ainda no capítulo 2 traçaremos a distinção entre o controle de legalidade e o controle da atuação

discrecionária da administração pública, esta última habitada pelo juízo de conveniência e oportunidade do agente público.

Tendo o presente trabalho o escopo de verificar a possibilidade de utilização do princípio da eficiência na atuação administrativa, o capítulo 3 aborda importantes instrumentos para a aplicação do princípio da eficiência, tanto pelo agente público em sua atuação, quanto pelos órgãos de controle ao analisar a atuação administrativa. Neste sentido, serão abordados conceitos como o *value for money*, a auditoria operacional, o manejo da informação de performance, dentre outros.

O capítulo 4 visa lançar luz sobre a constitucionalização do princípio da eficiência nos diversos países, e demonstrar a sua natureza de princípio constitucional implícito que funciona como vetor da atuação administrativa. De forma exemplificativa, serão analisados o princípio da eficiência administrativa no Ordenamento Jurídico brasileiro e no Português, com suas peculiaridades e distinções estruturais. Ainda neste capítulo tentar-se-á demonstrar que o princípio da eficiência é pressuposto do regime democrático de densificação possível.

Por fim, no capítulo 5 serão apresentados casos concretos, oriundos do Brasil e de Portugal, como forma de demonstrar o estado de coisas do manejo do princípio da eficiência nos dois ordenamentos analisados.

Capítulo 1: A eficiência

1.1. Conceito Econômico

Foi nas ciências econômicas que o conceito de eficiência floresceu e adquiriu suas próprias nuances. De acordo com Gregory Mankiw⁴, numa análise geral, eficiência significa obter o máximo de resultado possível partindo de recursos escassos. Complementando o conceito, Paulo Sandroni⁵ afirma que a busca pela eficiência não deve envolver apenas a minimização de custos, mas perseguir padrões de qualidade satisfatórios das normas técnicas.

Atento à equidade, Gregory Mankiw⁶ menciona ainda a distribuição uniforme dos referidos recursos entre os membros da sociedade, porém, conforme será explanado, veremos que o conceito econômico de eficiência não se relaciona com a equidade e, em determinadas situações, pode, inclusive, entrar em conflito com este último conceito.

Conforme aponta o mesmo autor, ao analisar custos e resultado de determinado processo produtivo, deve-se ter em vista o custo de oportunidade⁷, consistente em tudo que o produtor deixa de realizar em razão do processo produtivo por ele escolhido. Em outras palavras, é tudo aquilo de que se desiste para obter determinado bem, serviço ou utilidade.

Nesta linha de raciocínio, qualquer análise de eficiência deve ter em mente os aludidos custos de oportunidade. Por exemplo, destinar recursos públicos à determinada política pública implica destinar menos ou nenhum recurso a muitas outras. Ironicamente, esta análise deve ser ainda mais minuciosa caso o governante em questão labore, diga-se, na fronteira da possibilidade de produção dos recursos públicos, situação na qual qualquer destinação de recurso para determinada área implica em *trade off* em relação a outra área de destinação pública de recursos.

É digno de nota que a busca da eficiência pressupõe a escassez, tendo em vista que, caso os recursos manejados possuissem o atributo da infinitude, não seria necessária a busca pelo “fazer mais com menos”⁸, ou a exploração ótima de recursos, contando com eterna disponibilidade dos mesmos. No direito, de forma análoga, o princípio da eficiência se impõe

4MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 5 - Eficiência significa que a sociedade está obtendo o máximo que pode por seus recursos escassos. (...)

5SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. 10ª Ed. São Paulo: Bestseller, 2002. p. 198.

6MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 5 – Igualdade significa que os recursos estão sendo distribuídos de maneira uniformes entre os membros da sociedade. (...)

7MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 26.

8MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.p. 26.

como pressuposto de atuação a partir da noção da escassez, seja escassez de recursos públicos, seja de recursos naturais.

Surge deste contexto o grande apelo à eficiência econômica tendo em vista a necessidade de sustentabilidade das condutas humanas. Nesta acepção, a eficiência significa um modo equilibrado de manejo de insumos, produção e consumo. Assim, têm-se a eficiência econômica como a produção tendente à máxima possível com atualidade tecnológica, utilizando o mínimo de insumos e atendendo a um padrão de qualidade, sem desperdícios, configurando um dos pilares do desenvolvimento sustentável, ao lado da justiça social e da conservação do meio ambiente.

Em termos macroeconômicos, a eficiência pode ser traduzida a partir da maximização do bem-estar econômico dos membros de uma sociedade, aferido usualmente a partir da soma do excedente do consumidor e do produtor⁹, que consistem no benefício obtido por cada um destes atores a partir de sua atuação no mercado econômico. Nestes termos, o excedente do consumidor consiste na subtração da quantia paga por determinado produto do valor atribuído ao referido produto pelo consumidor. Quanto menor a quantia paga e maior o valor atribuído, maior o excedente do consumidor na referida transação¹⁰.

De igual modo, o excedente do produtor consiste na quantia recebida pelo produtor/vendedor menos o custo empreendido na produção de determinado bem ou serviço. O excedente total do mercado, portanto, consiste no valor atribuído pelos compradores menos os custos empreendidos pelos produtores/vendedores, e traduz a soma dos excedentes dos produtores e consumidores. Isto reflete o excedente total do mercado, medida de bem-estar econômico de determinada sociedade.

Nesta linha de raciocínio, determinada alocação de recursos é dita eficiente caso promova a maximização do excedente total, e será ineficiente sempre que existir potencial de maximização da referida métrica. Assim, pode-se conceituar a eficiência econômica como “*a propriedade da alocação de um recurso de maximizar o excedente total recebido por todos os membros da sociedade*”¹¹.

Porém, em que consistiria a alocação eficiente de recursos? A busca por este critério sempre ocupou o centro da problemática das ciências econômicas¹², de modo que se pode

9MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.p. 138.

10MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 138.

11MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 138.

12GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 242.

dizer que a resposta científica consiste na noção da “Eficiência de Pareto”, desenvolvida no início do século XX, e adotada amplamente pelos cientistas econômicos, tornando-se sinônimo da ideia de eficiência econômica.

A ideia foi desenvolvida pelo economista italiano Vilfred Pareto e possuía o intuito de funcionar como uma métrica do bem-estar social. De acordo com o mencionado cientista, o ótimo de Pareto, equivalente ao bem-estar máximo de uma sociedade, é atingido quando não for possível incrementar a utilidade de um agente sem minorar a utilidade de outro agente, sendo que a utilidade, neste contexto, pode ser entendida como “bem-estar”¹³.

No mesmo sentido discorre Hal Varian¹⁴, ao afirmar que, caso em dada situação seja possível aumentar o bem-estar de uma pessoa sem piorar a situação de nenhuma outra, esta situação ainda não é eficiente tal como preconiza a eficiência de Pareto. Assim, no momento em que for atingido o “ótimo de Pareto”, as partes envolvidas não realizarão trocas subsequentes, pois cada bem da vida estará atribuído ao indivíduo que mais lhe confere valor. Neste momento, conforme Cooter e Ulen, seria atingido o ótimo social, considerando que a soma das utilidades de cada bem atingiria o valor máximo possível¹⁵.

Conforme destaca Hal Varian, tanto o mercado competitivo quanto um mercado dominado por um monopolista discriminador podem apresentar resultados ótimos no sentido de Pareto, considerando a impossibilidade de realizar novas trocas nos moldes do quanto acima exposto¹⁶. Contudo, os dois cenários apresentam distribuição de utilidades e bens severamente distintas, apesar do consumidor figurar em situação inferior na situação de monopólio quando comparado ao modelo de mercado competitivo, demonstrando que a eficiência de Pareto não é adequada para mensurar questões de equidade.

Nesta linha de raciocínio, em que pese a eficiência de Pareto ser o principal método de alocação de bens nas ciências econômicas, as suas limitações são evidentes, considerando que, em uma situação de “otimalidade”, é possível vislumbrar indivíduos vivendo em condições de miséria, enquanto outros acumulam riquezas, contanto que a condição dos primeiros não possa ser melhorada sem que seja necessário diminuir a utilidade dos

13 GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp. 242/243.

14 VARIAN, HAL R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 14.

15 COOTER R.; e ULEN, T. **Law and Economics**. 2ª Ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996.

16 VARIAN, HAL R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 16.

abastados. Nesta senda, Amartya Sen destaca que a Eficiência de Pareto passa ao largo de questões distributivas¹⁷, representando herança do pensamento utilitarista¹⁸.

Para colmatar a lacuna da equidade, utiliza-se, usualmente, na doutrina econômica, bem como na doutrina da análise econômica do Direito¹⁹, o princípio da compensação, largamente amparado no cognominado critério de Kaldor-Hicks²⁰. De acordo com o referido princípio, realiza-se a tradução da utilidade subjetiva em quantia equivalente expressada monetariamente²¹.

Nesta linha de intelecção, uma decisão considerada eficiente em Kaldor-Hicks tem o condão de incrementar a utilidade dos ganhadores em grau tal que se torne viável, teoricamente, a compensação da diminuição da utilidade dos perdedores. A distinção básica entre os dois conceitos consiste na possibilidade de admissão, por Kaldor-Hicks, de eficiência em determinada alocação social de bens, ainda que haja a redução de utilidade para determinado indivíduo, desde que este possa ser compensado.

De forma exemplificativa, existiria uma melhoria de Kaldor-Hicks caso, na hipótese de uma transação que cria poluentes, os poluidores estivessem dispostos a indenizar os indivíduos afetados pela poluição (os ganhadores compensam financeiramente os perdedores). Note-se, contudo, que a compensação financeira aventada hipoteticamente não necessita de fato ser realizada para que exista a melhoria de Kaldor-Hicks²², porém, se ela ocorrer, restaria configurado o Ótimo de Pareto²³.

O método desenvolvido por Kaldor-Hicks não é imune a críticas. A primeira argumentação gravita em ser praticamente impossível comparar ganhos e perdas entre

17Considerando as constantes reservas à eficiência de Pareto no que tange à questão distributiva, a doutrina econômica passou a utilizar a noção de Bergson e Samuelson, consistente na construção de uma “função de bem-estar social” através da manifestação de juízo de valor acerca das utilidades, permitindo escolher, dentre os plúrimos cenários onde atinge-se a eficiência de Pareto, aquele que representa o ótimo social. Neste sentido, para Bergson-Samuelson, a eficiência de Pareto é apenas uma das condições necessárias na construção do bem-estar social.

18SEN, Amartya Kumar. **Sobre a Ética e Economia**. Trad: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. pp. 47/48.

19A sugestão é ofertada por Posner, *exempli gratia*, que sugere sua aplicação em análise econômica de decisões judiciais.

20 RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 39: “O critério de Kaldor-Hicks, que a Análise Econômica do Direito em geral utiliza, é menos exigente. De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes econômicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados.”

21 RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 26.

22 Neste sentido, o bem é atribuído a quem lhe confere maior valor, e este compensa o indivíduo que confere valor menor ao bem no montante do valor conferido pelo segundo indivíduo, expresso monetariamente.

23 RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. P. 28.

diferentes indivíduos, tendo em vista que o valor marginal de determinado bem é distinto para pessoas distintas. Em adição, o aferimento realizado na aplicação de Kaldor-Hicks ocorre em dado momento no tempo, assim, caso um único indivíduo altere suas preferências, a situação não mais será eficiente. Soma-se a isto o fato de que a eficiência de Kaldor-Hicks considera a totalidade da utilidade, não erradicando totalmente questões de equidade e distribuição, à semelhança do Ótimo de Pareto.

Cabe ainda o alerta de Amartya Sen para quem tanto o ótimo de Pareto quanto a eficiência de Kaldor-Hicks não dialogam com questões éticas, deixando de lado importantes questões humanas, tendência da tradicional doutrina econômica liberalista, arcabouço teórico de desenvolvimento de ambas as teorias.

Neste sentido, o autor entende que o Estado deve ocupar o protagonismo no desenvolvimento das liberdades individuais e no desenvolvimento humano aliado ao crescimento econômico, contudo, conforme Amartya Sen, os direitos humanos e a liberdade individual devem consistir o objetivo final da persecução estatal e humana, e não em instrumentos de bem-estar ou utilidade.

Assim, durante a formulação das políticas públicas sociais e econômicas, é possível que exista um *trade off*²⁴ entre a eficiência econômica e a igualdade. A literatura fornece o exemplo do Imposto sobre a Renda, que em muitos países possui notas de equidade, através das alíquotas progressivas conforme o aumento de renda pessoal. Ao tributar os mais abastados de forma mais severa que os economicamente hipossuficientes, o Estado diminui a recompensa do trabalho e, de acordo com a teoria macroeconômica, as pessoas trabalham menos, produzindo menos bens e serviços.

Vasco Rodrigues aponta as dificuldades na aplicação do supramencionado método, entretanto, afirma que é a solução “menos imperfeita”²⁵ aventada para mitigar as limitações do Ótimo de Pareto, especialmente na análise econômica do Direito, quando a distribuição impacta um grande número de indivíduos, aumentando a utilidade prática da teoria desenvolvida por Vilfred Pareto, que pode ser então aplicada a casos concretos.

Em um mercado competitivo, a situação de equilíbrio de mercado pressupõe a eficiência econômica, já que cada agente elege suas ações conforme seu melhor interesse²⁶. Apesar deste corolário da economia, que erigiu a teoria de Adam Smith a princípio econômico

24 MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 5.

25 RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 32.

26 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 293.

supremo tradutor da autorregulação dos mercados, a psicologia económica atual²⁷ indica que os seres humanos não atuam unicamente movidos pela racionalidade, mas também por emoções, expectativas, dentre outros fatores²⁸.

Em linha com o quanto afirmado, a afirmação “*todo equilíbrio de mercado é Pareto-eficiente*”²⁹ é tida como o teorema fundacional da teoria económica do bem-estar e pressupõe que, através da competitividade mercadológica, todas as trocas desejáveis foram realizadas pelos agentes de mercado, de modo que cada bem é detido por aquele que lhe confere mais valor.

Em que pese a simplicidade do mecanismo de alocação acima descrito e a sua capacidade de atingir a eficiência económica, deve-se reiterar que o primeiro teorema do bem-estar (assim como uma situação de equilíbrio económico) não se relaciona com o bem-estar social no sentido conferido pelo Direito, tratando-se apenas de maximização do excedente social total, na forma segundo a qual cada bem é atribuído a quem lhe confere maior valor, de modo que esta fórmula admite a pobreza extrema e a distribuição assimétrica de recursos entre os membros de uma sociedade.

Nesta senda, é natural que o conjunto de políticas governamentais sigam além da persecução da eficiência económica estrita, considerando a posição topológica da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento humano na moderna teoria constitucional. Tome-se o exemplo já mencionado da instituição de impostos. Conforme a ciência económica, um imposto causa uma distorção mercadológica e representa um peso morto nos mercados competitivos, já que possui o condão de diminuir a produção económica total³⁰, causando expressivo custo social.

Ainda assim, é cediço que os impostos são essenciais para a condução do Estado organizado, cabendo a menção à frase de Oliver Holmes, segundo quem “*os impostos são o preço que pagamos pela sociedade civilizada*”³¹. As verdadeiras questões que emergem da tensão entre eficiência económica e financiamento estatal através de impostos são, *inter alia*, qual deve ser o tamanho da atuação estatal, o que o Estado deve custear e prover, em um cenário ideal, e sobre o quê devem recair os impostos.

27 Para explorar o tema: ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**. New York: harperTorch, 2009.

28 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 126.

29 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 616.

30 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 303.

31 HOLMES, Oliver. *Apud*. MANKIW, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. P. 147.

Nesta senda, conforme a lição de João Ricardo Catarino³², em que pese a aparência teórica de que o “mercado” proporciona, naturalmente, uma alocação ideal e eficiente de recursos, as evidências do mundo real denotam que o mesmo gera falhas e incompletudes, podendo-se mencionar a instabilidade econômica e seus ciclos e situações monopolísticas geradoras de distorções mercadológicas, sendo necessária a ação estatal planejada para corrigi-las ou mitigá-las.

Outro conceito econômico útil para compreender a questão da eficiência é a noção de externalidades. Para Hal Varian³³, a noção de externalidade surge quando determinado agente passa a preocupar-se não apenas com a utilidade da sua cesta de bens, e volta sua atenção para o consumo ou produção de outro indivíduo, como por exemplo, o incômodo gerado por um fumante em um café, já que sua fumaça implica efeitos deletérios para os clientes à sua volta (exemplo de externalidade negativa).

Conforme o autor mencionado, as externalidades tornam-se problemas devido à ausência de definição clara acerca dos direitos de propriedade³⁴, de modo que, uma vez determinado o plexo de direitos de cada agente, as externalidades podem ser negociadas como bens produzidos em mercado, atingindo-se uma espécie de equilíbrio de mercado de externalidades, e por consequência, uma “eficiência de Pareto” na produção de externalidades.

A questão torna-se mais complexa quando é considerado, para além dos custos privados que recaem individualmente sobre os agentes participantes, que existem custos sociais, ônus que recai sobre agentes indeterminados e/ou indetermináveis e que, por isso, carecem de representatividade no mercado de externalidades para atingir aludido equilíbrio através da mercantilização das mesmas.

Para esta situação, a doutrina econômica propõe a criação de tributos, permitindo, em certo grau, que o produto gerador de externalidades negativas internalize, de forma monetária, o referido ônus. Um ótimo exemplo desta conduta pode ser encontrado nos cognominados impostos de Pigou³⁵, consistente em um imposto que recai sobre atividades geradoras de externalidades.

32 CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 59.

33 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 667.

34 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 671.

35 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 678.

Por fim, questiona-se como o conceito econômico de eficiência aplica-se à disponibilização e uso de bens públicos, cuja dinâmica difere, de forma expressiva, dos bens privados. Assim, no caso dos bens privados, o equilíbrio de mercado é atingido através do livre funcionamento da oferta e demanda, que se equalizam ao ser atingido o preço de equilíbrio quando, teoricamente, a produção e o consumo funcionam em eficiência, gerando o máximo de excedente econômico total.

No caso dos bens públicos o mecanismo acima não funciona, já que todos consomem, em tese, a mesma quantidade do bem. Conforme destaca Hal Varian, “*as pessoas não podem comprar quantidades diferentes de defesa pública; têm de decidir, de alguma forma, por uma quantidade comum*”³⁶. Isto ocorre pela ligação intrínseca entre as utilidades do bem público para cada cidadão, de modo que é improvável que a provisão de bens públicos atinja a eficiência de Pareto, por carência de mecanismos que a conduzam ao referido estado. Tome-se, como exemplo, o serviço de iluminação pública de ruas. É impossível quantificar o quanto de iluminação pública é usufruída por cada pessoa por não existir método ou parâmetro que permita tal cálculo.

Diferentemente do que ocorre com o mercado de bens privados, a provisão de bens ditos públicos é realizada através de diferentes instituições, sendo os mais comuns o “mecanismo de comando”, no qual um indivíduo ou um grupo de indivíduos determina a quantidade ofertada de bens públicos, de forma unilateral³⁷, e o sistema de votação.

Sem dúvidas, o sistema do voto soa mais democrático e consentâneo com a moderna teoria constitucional, segundo a qual o poder emana do povo, contudo, não possui garantias de atingir a eficiência de Pareto³⁸, tanto quanto o mencionado anteriormente, o mecanismo de comando. Isto ocorre pois o resultado majoritário, ou mesmo o médio, denota que parte da população pretende prover mais de determinado bem público e outra parte pretende prover quantidade menor do mesmo bem, em nada se relacionando com as nuances presentes no mercado competitivo que conduzem à eficiência.

O fato é que o setor público integra a Ordem Econômica moderna. Assim, em que pese o mercado econômico e as trocas individuais atinjam a eficiência multicitada, as externalidades da atividade econômica não são neutralizadas pelo mercado e, por isso, carecem de instrumentos políticos para sua resolução eficiente. Nas palavras de Richard

36 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015.p. 716.

37 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015.p. 728.

38 VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015.p. 730.

Musgrave³⁹, as políticas públicas não são uma aberração que destoam da ordem econômica natural, mas, sim, mais um dos mecanismos de regulação do mercado.

Ainda de acordo com o pensamento do mencionado autor, a Ordem Social comporta, além da busca do manejo eficiente dos recursos, a justiça distributiva e o equilíbrio entre os direitos e obrigações individuais sobre os quais se ampara a noção de liberdade. Uma visão estrita da economia que atente apenas para o equilíbrio de mercado traduzido pela eficiência olvida esses componentes essenciais da justiça social, essenciais para o funcionamento do Estado democrático.

1.2. Conceito jurídico-constitucional

A eficiência surge no Direito especialmente atrelada à atuação da administração pública e à prestação e disponibilização dos serviços e bens públicos. Durante a década de 1990⁴⁰, grande parte dos países desenvolvidos e em desenvolvimento concluíram que a capacidade arrecadatória do Estado chegava a uma espécie de “teto”, que dificilmente seria substancialmente superado.

Por outro lado, o Estado Social instigava o aumento do Estado e de suas funções, demandando cada vez mais recursos públicos para fazer face ao papel assumido pelo setor público. A solução para esta encruzilhada consistia em otimizar a gestão dos recursos e gastos públicos.

Percebe-se, portanto, que assim como na esfera econômica, a escassez impôs a valorização da noção de eficiência dentro do Direito, potencializando a noção existente de boa gestão da *res* pública. Por ser conceito originário das ciências econômicas, há, na doutrina jurídica, quem o repute fluído e de difícil apreensão na seara jurídica, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, que chega a cognominá-lo de “simples adorno”⁴¹ de natureza aspiracional.

A existência da própria Administração Pública é condicionada à solução das necessidades públicas essenciais e instrumentais⁴², logo, a eficiência de sua ação funciona

39 BUCHANAN, James; MUSGRAVE, Richard. **Public Finance and Public Choice: two contrasting visions of the state**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1999. P. 31.

40 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.

42 A classificação é de CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo: Vol I**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 5.

como fator legitimador da mesma, que pode ser definida, nas palavras de Marcello Caetano⁴³, como “*o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados*”.

O mesmo autor, ao elencar as funções não jurídicas do Estado, define, ao lado da função política, a função técnica estatal como sendo “*toda actividade cujo objecto directo e imediato consiste na produção de bens ou não prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados*”⁴⁴.

Fato é que, em todos os conceitos presentes em obras jurídicas, o conteúdo do princípio da eficiência orbita em torno da noção de obtenção de resultados e objetivos⁴⁵, consistindo num parâmetro útil para a tomada de decisão administrativa, sem descuidar do aspecto ético a nortear a atividade jurídica.

O conceito de eficiência atravessa a seara social e atinge o Direito amparado por distintas concepções filosóficas, *inter alia*, a tradição neoliberal⁴⁶. Porém, entende-se que, independente das críticas que possam ser opostas à ideologia que o ampara, sua inserção na seara jurídica é relevante e salutar, de modo que o princípio deve ser provido de densidade axiológica e conceitual para a sua plena aplicação.

Nenhum princípio está isento de controvérsias ou divergências doutrinárias na sua construção e aplicação, nem mesmo o princípio da legalidade. Isto porque os conceitos jurídicos são construções ofertadas pela ciência do Direito (já que não existem aprioristicamente) e são validados à medida que são recebidos e consolidados pelos operadores do Direito. A verdade no Direito é, portanto, construída pelo consenso em torno de um sentido predominante.

Grande contribuição à noção de eficiência para o Direito foi ofertada pela escola do Direito e Economia (*law and economics*, ou *economics analysis of law*) ao classificar Direito

43 A classificação é de CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo: Vol I**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 5.

44 CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo: Vol I**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 10.

45 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 190.

46 GABARDO, Emerson. **O princípio da eficiência**. Artigo disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o> >. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

e a Economia como dois sistemas autônomos que se influenciam reciprocamente em suas atuações.

Ao tratar da dinâmica de interação entre a economia e o Direito, Maria Eduarda Azevedo⁴⁷ elenca as principais posições doutrinárias acerca da questão, desde a teoria da separação total, amparada na teoria pura do Direito de Hans Kelsen, até a teoria da interação das duas ciências, que admite o fluxo contínuo entre elas, ocorrendo ora a prevalência de uma, ora de outra. Esta última teoria, prevalente na doutrina moderna, demonstra a impossibilidade de o Direito ignorar a economia, e vice-versa.

Em apertada síntese, a Escola do Direito e Economia trata da adoção de elementos das ciências econômicas para assuntos jurídicos, considerando a característica central da economia, qual seja, o estudo das decisões em um sistema de recursos escassos, premissa que pode ser transposta para o mundo do Direito. Assim, utiliza-se de elementos da microeconomia e da economia do bem-estar social para incrementar e refinar a compreensão do Direito, especialmente na avaliação de consequências das normas jurídicas.

A escola do *Law and Economics* pode voltar-se, por exemplo, para os efeitos (*outcomes*) de Leis e políticas públicas⁴⁸, analisando se a adoção de determinada norma permite atingir a eficiência de Pareto ou a maximização de riquezas da sociedade.

Um exemplo que permite a compreensão da aplicação de elementos econômicos ao Direito é explanado por Vasco Rodrigues⁴⁹, nos seguintes termos: a alteração de determinada Lei configura uma melhoria de Pareto se melhora a posição jurídica de, ao menos, uma pessoa sem prejudicar nenhuma outra. Caso isto ocorra, pode-se dizer que a nova situação é mais eficiente e, portanto, superior à situação anterior. Após a realização de todas as melhorias possíveis desta natureza, será atingida a situação de ótimo de Pareto, restando impossível incrementar a posição de um indivíduo sem piorar a situação de outrem.

Além da Análise Econômica do Direito, o crescimento do aparato estatal fez com que a doutrina se utilizasse da adoção de outros elementos importados da administração e da economia, em especial o método gerencial de administração do setor empresarial privado, buscando a maximização de resultados (*outputs*) com o mínimo de insumos (*inputs*) e rigoroso controle de atuação.

47 AZEVEDO, Maria Eduarda. **Temas de Direito da Economia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 12.

48 Kornhauser, Lewis. **The Economic Analysis of Law**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

49 RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 26.

Este é o embrião do princípio da eficiência no manejo da coisa pública e no Direito, da administração pública orientada por metas e resultados, bem como da noção de *accountability* dos governantes e atores públicos. Exemplo prático disso foi a reforma administrativa empreendida no Brasil que culminou com a edição da Emenda à Constituição nº 19/98, constitucionalizando, expressamente, o princípio da eficiência.

A aludida reforma, empreendida no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso e fruto da ideologia neoliberal, promoveu uma mudança de paradigma na condução do aparato do Estado e ocorreu *pari passu* com outros eventos jurídicos relevantes, como a adoção da Lei de Responsabilidade Fiscal, que erigia a máxima das finanças públicas o equilíbrio fiscal, em detrimento das práticas do estado social clássico e tendo como vetor interpretativo o princípio da eficiência⁵⁰.

A partir de uma análise histórica é possível afirmar que a raiz teórica do moderno princípio da eficiência no Direito é o princípio da “boa administração”, encontrado em abundância na doutrina italiana⁵¹. Embora ainda não constitucionalizado ou positivado em determinado Ordenamento Jurídico⁵², o referido princípio pode ser encontrado de maneira implícita, seja a partir da moralidade com a qual deve pautar suas ações os agentes públicos, seja a partir da própria dinâmica de “mandato” conferido a quem administra coisa de outrem, *in casu*, a coisa pública. É dizer, a administração realizada pelo gestor deve ser orientada pela qualidade de ação, não bastando apenas a adstrição à legalidade⁵³.

Certo é que, de forma geral, em se tratando de aplicação de recursos públicos, consiste na análise dos custos e benefícios de cada dispêndio⁵⁴, buscando a maximização de benefício ao menor custo possível. Nesta linha de raciocínio, para Lucas Rocha Furtado⁵⁵, um passo

50 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010, p. 203.

51 Das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los concebíveis como os mais idôneos para tanto”. FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O controle judicial dos atos administrativos**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43770/42561>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

52 Acerca do princípio da boa administração no Ordenamento jurídico Português discorre Rogério Soares: “O dever de boa administração traduz-se num autêntico dever jurídico. Não se trata de afirmar uma exigência técnica, uma imposição para alcançar um fim, pois isso suporia deixar ao agente a liberdade de escolher os seus fins e a liberdade de os satisfazer ou não. Nem se trata, por outro lado, de um puro dever ético ou deontológico, consequência a que se chegaria aderindo aos pontos de vista que concebem o controlo por desvio de poder como um controlo de moralidade administrativa”. SOARES, Rogério. **interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 198.

53 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

54 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.97.

55 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.97.

essencial da aplicação eficiente de recursos públicos é a análise das necessidades públicas por meio de planejamento seguido da fixação de metas que incorporem soluções aos problemas anteriormente detectados, além do levantamento dos custos necessários para o atingimento dos objetivos traçados.

Conforme o escólio de Diogo Freitas do Amaral⁵⁶, trata-se de traduzir a atividade administrativa na “*persecução do bem comum da forma mais eficiente possível*”, isto é, mais racional, econômica e célere. De forma perspicaz, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁷ destaca que o princípio em lume pode ser compreendido sob dois aspectos, é dizer, pode ser analisado a partir da forma de atuar dos agentes estatais (que deve pautar sua conduta buscando os melhores resultados - *outputs*), ou pode ser analisado pelo viés da organização da própria administração e aparato públicos, especialmente os serviços públicos⁵⁸.

Conforme destacado por João Carlos Simões Gonçalves Loureiro⁵⁹, o conceito da eficiência deve, em verdade, ser entendido como um super conceito, devido ao seu caráter multifacetado. Assim, são múltiplas as definições doutrinárias a seu respeito, dentre elas: (i) eficiência como a realização de um objetivo pré-traçado; (ii) eficiência como otimização de meios; (iii) eficiência como celeridade⁶⁰ e (iv) eficiência no sentido clássico da economia, teorizada por Vilfred Pareto.

Não existe conceito único na doutrina jurídica acerca do princípio da eficiência, de modo que cada doutrinador agrega elementos que lhe parecem ter aderência ao aludido princípio. Muitos destes elementos, em que pesem contribuam para a atuação eficiente do Estado, são exógenos à noção de eficiência, constituindo princípios jurídicos autônomos, a exemplo da transparência e da moralidade, destacadas por Alexandre de Moraes⁶¹ como integrantes da eficiência administrativa.

Deste modo, parece mais acertado conceituar o princípio da eficiência como a adequação instrumental das ações estatais perseguidoras das finalidades públicas,

56AMARAL, Diogo Freitas. Curso de Direito Administrativo. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018.

57DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2005. p. 84.

58Para mais detalhes acerca do conceito e regime de serviços públicos em Portugal CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol II. p. 1065 e seguintes.

59LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 132.

60Conforme Marcelo Rebelo de Sousa, em uma acepção genérica, o princípio da eficiência confunde-se com a celeridade. Este último princípio, consoante artigo 59 do Código de processo Administrativo, prescreve não apenas o andamento rápido dos procedimentos, mas também a recusa a todo ato de natureza dilatória ou inútil e a realização de ações necessárias ao deslinde do ato. SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo III. Lisboa: publicações Dom Quixote, 2007. p. 105.

61Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 90/91.

caracterizadas pelo máximo aproveitamento e utilização racional de recursos financeiros, humanos e materiais, com o objetivo de atingir o melhor resultado possível, tanto pelo viés qualitativo quanto pelo viés quantitativo, atingindo o maior grau de “rentabilidade social”⁶² a partir dos recursos existentes⁶³.

O elemento de coroação do conceito supra exposto é justamente o atingimento das finalidades públicas, sem o qual não se pode falar de eficiência dentro da esfera do Direito. Assim, em arremate do conceito, diz-se que a eficiência se traduz pela utilização racional dos meios para materializar as finalidades públicas, de forma equitativa aos usuários⁶⁴.

Identificam-se, basicamente, do princípio da eficiência, quatro elementos, conforme destacado por Gabardo⁶⁵: a celeridade, a produtividade, a economicidade e a racionalização. Esta última, de certo modo, encampa os três primeiros elementos em seu seio, já que toda a noção de eficiência pode ser sintetizada na racionalização das ações humanas.

Nesta linha de intelecção, racionalizar significar utilizar o conhecimento racional perseguindo a minimização dos possíveis erros⁶⁶. Contudo, o termo (e o próprio conceito que lhe oferece significado) qualifica-se por relativa vagueza que permite que se insira em seu seio outras conotações, inclusive, de viés político⁶⁷, razão pela qual se deve buscar um sentido universal da eficiência.

Certo é que não se deve restringir a eficiência a fatores como “controle de custos”, celeridade, ou como economicidade. No que toca à celeridade, é comum a sua associação à eficiência, já que muitas vezes a administração pública, v.g., alguns sistemas judiciários, padece de morosidade destacada, que frequentemente torna inútil o resultado eventualmente apresentado. Porém, é certo que o referido conceito se atrela à questão temporal e é insuficiente para conceituar a eficiência.

62A expressão é de MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

63CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)**. IN MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 166/167.

64MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, jul./set. de 2000. p. 84; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 97-101.

65GABARDO, Emerson. **O princípio da eficiência**. Artigo disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o-> >. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

66GABARDO, Emerson. **O princípio da eficiência**. Artigo disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o-> >. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

67TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 99.

No caso da economicidade, esta denota o atingimento de maior produto possível com o menor gasto possível de recursos (sejam eles financeiro, temporais ou humanos). Cumpre destacar, ainda, que parte da doutrina⁶⁸ entende a eficiência como parte integrante da noção de “economicidade”, gênero do qual fazem parte a própria eficiência, além da eficácia e da efetividade, conceitos explorados neste capítulo por questões didáticas, pois devem ser distinguidos em relação à eficiência, foco do presente trabalho.

Este trabalho não comunga do entendimento que eficiência integra a noção de “economicidade”, pois considera que a eficiência é conceito autônomo que não comporta ser confinado a um dos elementos da economicidade, entendido, este, como um dos aspectos da eficiência.

Neste diapasão, entende-se que a eficiência não se esgota na economicidade devido ao seu liame com um outro princípio ao qual deve atentar toda administração pública, qual seja, o princípio da finalidade pública⁶⁹. Este determina que a ação da administração pública, em qualquer grau (*inter alia*, orçamentário, execução, político ou administrativo), deve ser orientada a um resultado em conformidade com o interesse público.

O interesse público, por sua vez, consiste na materialização das necessidades coletivas de um povo e representa o objetivo final e *raison d'être* da Administração Pública, que se legitima ao atender às referidas necessidades⁷⁰. Como bem destacado por Francisco Antônio de M. L. Ferreira de Almeida⁷¹, são necessidades essenciais à coletividade que a iniciativa privada não é capaz de suprir (por real incapacidade ou falta de interesse econômico), de modo que delimitam a atuação pública e a sua capacidade, considerando que a Administração Pública só pode prosseguir os fins determinados pelo interesse público.

Em outras palavras, a atuação administrativa deve ser lastreada em um objetivo chancelado pelo interesse público nos termos descritos no Ordenamento Jurídico positivo, conforme o princípio da supremacia do interesse público, vetor interpretativo do proceder da Administração. Assim preleciona a tradicional lição segundo a qual à administração pública só é dado agir em conformidade com a lei.

68Exemplo deste rol é FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

69MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109.

70MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 69.

71ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 103.

Deve-se distinguir, ainda, eficiência, eficácia e efetividade, conceitos explorados neste capítulo por questões didáticas.

Em linhas gerais, a atividade eficaz é aquela que possui capacidade para introduzir na ordem jurídica os efeitos por ela inicialmente propostos⁷². A eficácia, portanto, em análise absoluta, ignora a quantidade de *input/output* ou a racionalidade do emprego de recursos para atingir os mencionados resultados, distinguindo-se da eficiência.

Por outro turno, a efetividade é uma razão entre o resultado esperado e o resultado alcançado, podendo-se dizer que determinada ação é efetiva sempre que o resultado alcançado possua identidade (ou aproxime-se bastante) do resultado projetado. É, portanto, um conceito relativo, que tem como pressuposto a fixação prévia de metas e o planejamento prévio. Em arremate: a eficácia analisa os resultados em caráter absoluto, a eficiência analisa os resultados em função dos custos incorridos e, por sua vez, a efetividade compara resultados atingidos e resultados esperados.

São, portanto, conceitos distintos, que unidos representam a economicidade das despesas públicas. É digno de nota que o conteúdo de cada um deles denota a necessidade do planejamento prévio e adequado para a realização adequada do controle das contas públicas, de modo que só é possível aferir a economicidade de determinada despesa mediante prévio conhecimento das metas esperadas ou as necessidades que ensejaram a fixação das aludidas metas.

Feitos os esclarecimentos *supra*, deve-se retornar à análise do princípio da eficiência, objeto do presente trabalho.

Em que pese constitua finalidade essencial na teoria econômica a busca pela eficiência, no âmbito do Direito esse intento encontra limites. O primeiro deles é a legalidade⁷³, já que toda ação administrativa deve ter por base a norma posta. Deste modo, ainda que a pretexto de atingir maior racionalização de recursos, a atuação administrativa para além da legalidade é francamente arbitrária⁷⁴.

72ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 363.

73FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 98.

74Sobre o tema preleciona Antônio Carlos Cintra do Amaral: “dizer que a administração está autorizada a praticar atos ilegais, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo tão absurdo que dizer que uma empresa privada pode praticar atos ilícitos, desde que isso contribua para aumentar sua rentabilidade.”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo**. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/antonio-carlos-cintra-do-amaral/o-principio-da-eficiencia-no-direito-administrativo>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

Neste sentido, a administração pública, em sua atuação, deve buscar a alternativa mais eficiente dentre aquelas hipóteses inseridas na moldura legal⁷⁵. É esse o entendimento da doutrina majoritária, que entende os princípios⁷⁶ em lume como complementares⁷⁷, de modo que devem ser interpretados de forma tendente à sua harmonização.

Justamente por constituir noção hodierna no âmbito jurídico e possuir matizes fluídas, o princípio da eficiência é de difícil controle, de modo que é questionado pela doutrina jurídica se é possível sancionar conduta pública em sede financeira ou administrativa (pela Corte de Contas, controladoria ou pela autoridade hierarquicamente superior, em exercício de controle interno) por violação ao princípio da eficiência.

Por óbvio, a pretensão não ventila a punição de atores públicos que simplesmente não atingem a eficiência máxima possível em um cenário hipotético, mas sim aquelas hipóteses de franco desperdício de recursos públicos no qual o caminho eleito viola de maneira clara a eficiência, ainda que a conduta não viole dispositivo legal específico e esteja supostamente sob o manto da discricionariedade administrativa. Naquelas situações de dúvida, onde a razoabilidade admite múltiplos caminhos, deve-se respeitar a decisão do administrador público, a quem compete juridicamente a realização do ato, e cujas ações gozam de presunção de legitimidade.

No presente trabalho entende-se que isto é possível, utilizando-se dos conceitos de eficiência aliado ao sobreprincípio da razoabilidade, já que ação ineficiente malfere a razoabilidade⁷⁸, equiparando a boa administração à má administração⁷⁹, posição adotada por Lucas Rocha Furtado⁸⁰. É justamente o sobreprincípio da razoabilidade, aliado a outros princípios como a moralidade e boa administração, que permitem sancionar condutas ineficientes em Ordenamentos Jurídicos onde a eficiência não é um princípio constitucional expresso.

75MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.

76Conforme defendido no presente trabalho, a legalidade não é princípio, é regra, cujo princípio subjacente é o princípio da segurança jurídica.

77MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 90

78Neste sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta ser a atuação ótima do agente administrativo a atuação além do meramente razoável. Assim, seria possível vislumbrar um ato razoável, porém ineficiente. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2017. p. 32.

79MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57.

80FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99.

Em geral, as Constituições podem ser classificadas entre aquelas que mencionam de forma expressa e inequívoca o princípio da eficiência; aquelas que não fazem menção expressa, porém o aludido princípio pode ser extraído com relativa facilidade a partir das disposições atinentes à Administração Pública, e aquelas nas quais a eficiência não pode ser extraída (quanto a esta última categoria há dúvidas se é possível existir em Estados republicanos submetidos à *rule of law*).

A tarefa é assaz mais simples em países como a Espanha, integrante do primeiro grupo mencionado, onde a eficiência é constitucionalizada de forma expressa⁸¹ no artigo 31.2⁸², assim como a Constituição brasileira de 1988, que em seu artigo 37 prevê como princípios orientadores da Administração Pública, dentre outros, a eficiência⁸³. Menciona-se ainda, a título de exemplo, a Constituição filipina de 1986 que faz menção expressa à eficiência em seu artigo IX, B, seção 3⁸⁴, bem como no artigo XI, seção I⁸⁵.

Em contrapartida, a Constituição Portuguesa de 1976 não possui menção expressa ao aludido princípio, todavia, o princípio pode ser extraído a partir da intelecção dos artigos 266 e 267⁸⁶, que, ao tratarem da Administração Pública, aludem aos princípios da proporcionalidade, igualdade, boa-fé e, no caso específico do artigo 267, a uma Administração Pública desburocratizada e gestão efetiva⁸⁷. Ainda de maneira não expressa, a Constituição italiana, como já destacado, menciona em seu artigo 97 o princípio da “boa

81A referência é expressa no artigo 31.2 e indireta no artigo 103, podendo ser inferida a partir da noção de que a Administração pública deve servir o interesse geral.

82“Artículo 31.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.”

83“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

84Conforme o texto do referido dispositivo: “The Civil Service Commission, as the central personnel agency of the Government, shall establish a career service and adopt measures to promote morale, efficiency, integrity, responsiveness, progressiveness, and courtesy in the civil service. It shall strengthen the merit and rewards system, integrate all human resources development programs for all levels and ranks, and institutionalize a management climate conducive to public accountability. It shall submit to the President and the Congress an annual report on its personnel programs.”. Disponível em: < https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987?lang=en > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

85Conforme o texto do referido dispositivo: “Public office is a public trust. Public officers and employees must at all times be accountable to the people, serve them with utmost responsibility, integrity, loyalty, and efficiency, act with patriotism and justice, and lead modest lives.”. Disponível em: < https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987?lang=en > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

86Art. 266, n. 2, estabelece que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das duas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé”, e “Artigo nº 267 - A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”. Extraídos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: < <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

administração”, cujo conteúdo é compatível àquele do princípio da eficiência em outros ordenamentos jurídicos.

Mesmo ante a ausência da menção expressa a um princípio constitucional da eficiência, os Estados contemporâneos pautados pela tradição republicana, pela transparência nas contas públicas e pela *rule of law* possuem, de forma implícita, um imperativo de atuação eficiente da administração pública⁸⁸, por absoluta lógica de que a coisa pública é afetada a uma instituição denominada Administração Pública, que deve geri-la em nome do povo, a serviço do povo, e da melhor forma possível. Endossa o quanto exposto as palavras de Alexandre de Moraes, para quem “*o poder público somente cuida daquilo que é essencial e fundamental para a coletividade, e que, portanto, deve ser bom, eficaz e eficiente*”⁸⁹.

Tanto é assim que no Brasil a menção expressa à eficiência foi introduzida na Constituição por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, momento no qual grande parte da doutrina administrativista e constitucionalista destacaram que a eficiência sempre foi princípio a ser seguido pela administração pública⁹⁰, apenas anteriormente implícito.

Contudo, se a eficiência sempre pode ser extraída (ainda que implicitamente) das Constituições republicanas e democráticas, por qual motivo restou inexplorada por tanto tempo? Porque, de fato, tem-se a impressão de que a Administração Pública, as decisões orçamentárias e tudo mais que se relaciona ao “público” passaram ao largo, por tanto tempo, do mencionado conceito? Esta resposta nos é dada por Joan Prats Catalá⁹¹, que defende a ideia de que a instituição “Administração Pública” não foi criada para ser eficiente, mas sim para viabilizar o exercício do Poder, em sintonia com a concepção vislumbrada por Max Weber.

Em adição, conforme mencionado anteriormente, enquanto a arrecadação superava o montante de gastos públicos com naturalidade, o Estado podia arcar com “os custos” da ineficiência, sem preocupar-se com a otimização da máquina pública. Com o advento das

87CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993. p. 925-928.

88Paulo Modesto adverte que, mesmo antes da emenda constitucional, nunca existiu autorização constitucional para que o Estado fosse ineficiente. In MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em <<https://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

89MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

90" *É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência administrativa para seus cometimentos*". FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 60.

91CATALÁ, Joan Prats. **La eficiencia en el sector público**. Debate Público em el Ateneo Mercantil, Plaza País Valencià, promovido por La Real Sociedad Economica de Amigos del País de Valencià em fevereiro de 1984. Disponível em: <https://rseap.webs.upv.es/Anales/83_84/A_La_eficiencia.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

crises econômicas e das dificuldades em manter um balanço fiscal positivo, a eficiência figura como necessidade, e não mais como um adorno político.

Nesta linha de intelecção, a Administração Pública, pela sua concepção clássica (tanto em seu nível macro, que é o governo político, quanto ao nível micro, representada pela administração executora), é um conjunto de poderes, e o Direito Administrativo⁹² (igualmente em sua concepção clássica) um plexo de técnicas forjadas para evitar a arbitrariedade e excessos no exercício do sobre dito poder, limitando-o, conforme clássica lição liberal.

Hodiernamente, em que pese a constante necessidade de limitar o Leviatán do Estado, a preocupação majoritária é que a Administração pública se torne eficiente, atuando com imparcialidade, objetividade e eficácia. Caso contrário, restará comprometida a legitimidade da administração pública enquanto realizadora das necessidades e aspirações públicas, o que, por sua vez, frustra o processo democrático substancial, já que os cidadãos não enxergam a Administração Pública como instituição a seu serviço. Assim, conforme destacam Régis Fernandes⁹³ e Joan Prats Catalá⁹⁴, a materialização da eficiência no manejo da *res* pública é, também, uma urgência do processo democrático.

1.3. Conceito jurídico financeiro

Conforme a clássica lição de Aliomar Baleeiro, a atividade financeira do Estado é representada pela obtenção, criação, gestão e dispêndio de recursos para fazer frente às necessidades públicas assumidas pelo Estado⁹⁵. Trata-se, portanto, de atividade pré-normativa⁹⁶, com afeição à economia e a outras searas que podem munir o Estado de elementos auxiliares no *design* da sua política financeira, como dados estatísticos, sociológicos, dentre outros.

Deste modo, a expressão “finanças públicas” se refere às receitas arrecadadas pelo estado e a despesas empreendidas por ele, de modo que se integram à economia privada: o

92Para uma compreensão completa acerca das origens do Direito Administrativo consultar SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Administrativo**. Porto: UCP. 1980.

93OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

94CATALÁ, Joan Prats. **La eficiencia en el sector público**. Debate Público em el Ateneo Mercantil, Plaza País Valencià, promovido por La Real Sociedad Economica de Amigos del País de Valencià em fevereiro de 1984. Disponível em: <https://rseap.webs.upv.es/Anales/83_84/A_La_eficiencia.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

95BALEIRO, Aliomar. *Apud*. PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 3.

96OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

orçamento público é um dos principais instrumentos de intervenção do Estado na economia, que pode ocorrer também através das políticas monetária, fiscal, cambial e regulatória.

A intervenção estatal possui como escopos principais: promover a estabilidade da economia, o seu crescimento, além de possuir a importante função de corrigir as falhas de mercado⁹⁷ e, dependendo do viés ideológico adotado, promover a justiça social.

Para realizar tais finalidades, o Estado serve-se do Orçamento Público e das clássicas funções orçamentárias, idealizadas por Richard Musgrave⁹⁸, quais sejam: (i) a função alocativa; (ii) a função distributiva e (iii) a função estabilizadora.

A função alocativa diz respeito à adequada alocação de recursos públicos no intuito de neutralizar externalidades negativas, corrigir imperfeições mercadológicas e ofertar bens públicos à população, sejam aqueles classificados como puros (aqueles que o mercado não possui condições de ofertar de forma eficiente, ou que não seriam ofertados sem a atuação do Estado) ou os bens meritórios, a exemplo da educação.

A função distributiva possui franco viés de justiça social e busca equalizar as desigualdades sociais por meio da tributação (v.g., imposto de renda com alíquota progressiva por faixas de renda), dos incentivos fiscais e principalmente das transferências financeiras destinadas às camadas inferiores da pirâmide social, através da seguridade social.

Por fim, a função estabilizadora busca, conforme indica o nome, estabilizar a economia através da correção das falhas de mercado, do controle da inflação, do desemprego e da moeda. Seus instrumentos principais são, além das formas mais diretas de intervenção econômica, as políticas monetárias, cambiais e fiscais.

Posteriormente, Catarino⁹⁹ traz a noção de que Richard Musgrave acrescentou a este rol de funções a função de fomento do crescimento econômico e de realização de reformas estruturais, conforme suas observações da realidade financeira e do crescimento do papel do Estado no funcionamento da sociedade. Assim, caberia ao Estado promover o ambiente e a estrutura adequada para o pleno desenvolvimento do sistema financeiro e a potencialização de investimentos produtivos de interesse público.

97PALUDO, Augustino. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2012. p. 2.

98BUCHANAN, James; MUSGRAVE, Richard. **Public Finance and Public Choice: two contrasting visions of the state**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1999.

99CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 59.

Trata-se, portanto, de atender às necessidades públicas¹⁰⁰ através do manejo dos três pilares da atividade financeira do Estado¹⁰¹, quais sejam, o orçamento público, as receitas e as despesas. Neste diapasão, as necessidades públicas¹⁰² são fixadas a partir de uma decisão política¹⁰³, no plano mais abstrato da gestão pública, através de decisões adotadas com base em normas constitucionais e da ideologia adotada pela gestão em curso. Note-se que, conforme já salientado, as referidas escolhas têm como pano de fundo a restrição orçamental¹⁰⁴, que, muitas vezes, impede que o Estado implemente todas as políticas aspiradas pelo povo.

Valdecir Pascoal¹⁰⁵ traz como exemplo o estado mínimo característico do liberalismo, voltado apenas para necessidades elementares, *inter alia*, a segurança pública, em contraposição à ideologia social-democrata, na qual o Estado atua em “intervencionismo cíclico” (conforme os ensinamentos clássicos Keynesianos) e possui expressivo rol de políticas sociais.

Assim, Nazaré Cabral e Guilherme Martins¹⁰⁶ destacam que as opções a serem feitas pelo Estado são permeadas por três escopos: o equilíbrio político, o equilíbrio de mercado e a repartição de rendimentos. Além destes, os autores destacam outro objetivo de relevo, especialmente na atualidade, que é a sustentabilidade de longo prazo da política orçamental¹⁰⁷, em atenção à justiça intergeracional, elemento de tensão entre os povos do agora e do porvir. O Estado deve, portanto, traçar metas que atentem para as necessidades das gerações presentes e futuras, além de avaliar constantemente o diagnóstico (e prognóstico) financeiro do Estado, em uma visão de longo prazo.

Ainda acerca das tendências hodiernas das finanças públicas, destaca-se o surgimento das regras orçamentais de conteúdo, cognominadas *new fiscal rules*, que, em oposição às regras meramente formais e procedimentais, disciplinam a matéria financeira de forma

100 As necessidades humanas tornam-se públicas através de decisões políticas.

101 PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. São Paulo: método, 2012. p. 23.

102 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

103 PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 4.

104 CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. P. 9.

105 PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 4.

106 CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. p. 13.

107 CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. p. 14.

quantificada e numérica, opondo limites à dívida pública e a gastos com pessoal, dentre outras variáveis financeiras, em atenção ao equilíbrio das contas públicas.

De forma análoga, como expressão da ética nas finanças públicas¹⁰⁸, passa a gozar de posição de destaque a transparência dos gastos públicos¹⁰⁹ (como tem que ser) e, com ela, o conceito de *accountability*. Este ganha tração a partir de meados da década de 1980, em especial na doutrina anglo-saxônica¹¹⁰. A doutrina jurídica se divide quanto ao seu significado exato, de modo que alguns defendem que a *accountability* é o próprio dever de transparência (noção que parece limitar o conceito, já que a transparência constitui apenas fração da noção em lume), outros como o dever de prestar contas, havendo ainda quem o aponte como a ideia de eficiência que deve estar imbuída nas ações daqueles que realizam a atividade financeira do Estado.

No presente trabalho entende-se o termo como a responsabilidade ética de prestar contas com o máximo de transparência, apontando o atingimento ou não de metas e eventuais equívocos incorridos. Considerando que, na esfera pública, a atividade financeira é uma face da atividade política, a *accountability* alinha-se à tradição democrática e republicana, inserindo-se com perfeição ao constitucionalismo moderno.

Uma vez inserida na esfera das finanças públicas, o princípio da eficiência produz efeitos no orçamento tradicional, caracterizado pela ausência de planejamento e mero elenco de receitas e gastos estatais. Nesta senda, é a partir da eficiência que surgem noções como o “orçamento base zero” e o “*performance budget*”, personificadores da boa gestão financeira, que pugna pela política de resultados e metas, ao invés do tradicional orçamento de meios¹¹¹.

Neste diapasão, a acepção mais sintética da eficiência nas finanças públicas é o atingimento do máximo de satisfação das necessidades públicas com o menor volume de recursos possíveis¹¹². Regis Fernandes afirma que o princípio jurídico da eficiência é próprio das Finanças Públicas¹¹³, muito mais do que a qualquer outro ramo do Direito. Tal afirmação pode ser dita como verdadeira no contexto da escassez de recursos públicos, bem como no

108OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

109CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. p. 18.

110PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 8.

111CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. p. 17.

112PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. São Paulo: método, 2012. p. 26.

113OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 111.

sentido de que a mais elementar aspiração constitucional depende da boa gestão de recursos públicos para sua efetivação¹¹⁴. Porém, conforme demonstrado pelos ensinamentos de Posner acerca da Análise Económica de Direito, a noção de eficiência pode ser aplicada a qualquer ramo da Ciência Jurídica¹¹⁵.

Pode-se pensar a eficiência a partir da noção de gasto público ou ainda inseri-la na fase de confecção do orçamento, em uma acepção mais ampla, em que as escolhas públicas anteriormente mencionadas podem maximizar ou minimizar o bem-estar total da sociedade. Nas palavras de Hely Lopes¹¹⁶, a eficiência “*atinge os aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a administração*”.

Cumprе salientar, contudo, que o princípio da eficiência financeira não consiste apenas na escolha dos meios para atingir certo resultado, especialmente considerando que em muitos Ordenamentos Jurídicos os meios já são pré-determinados pela norma jurídica. No Brasil, por exemplo, as contratações públicas são realizadas por meio de processo licitatório, certame tendente a eleger a melhor proposta sob a análise do binômio preço/qualidade.

Pode-se, é bem verdade, questionar acerca da eficiência do próprio procedimento previamente fixado, em termos de política legislativa, bem como se existem outros meios mais eficientes, em outros Ordenamentos, de atingir resultado superior, porém, de fato, para o agente público, o meio para realizar o gasto público já está, muitas vezes, estabelecido no plexo de normas administrativas (assim é possível analisar a atuação eficiente sob o ponto de vista dos atos vinculados ou discricionários, o que será feito em momento oportuno).

Em verdade, a primeira oportunidade de se verificar a eficiência no processo de realização de gastos públicos é referente a escolha do gasto¹¹⁷, uma escolha eminentemente política, e que se relaciona com a função alocativa, na clássica classificação de Musgrave anteriormente mencionada.

Em adição, a eficiência incide na análise da adequação da despesa ao atingimento da finalidade¹¹⁸ e na verificação entre o montante despendido e o resultado obtido, cotejando o quanto se gasta com a satisfação dos interesses da coletividade. Conforme destaca Regis

114Até mesmo os direitos negativos (de primeira geração) precisam de recursos públicos para sua efetivação.

115POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

116MEIRELLES, Hely Lopes *apud* OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

117OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

118OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

Fernandes de Oliveira, o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa e determina uma atuação transparente, proba, equitativa, desburocratizada e voltada para o atingimento de resultados.

De forma análoga, tratando desta feita da eficiência no desenrolar do procedimento administrativo, Ana Raquel Gonçalves Moniz¹¹⁹ elenca os vetores que surgem a partir do referido princípio, quais sejam: (i) a otimização da ação administrativa; (ii) a desburocratização; (iii) a racionalização econômica; (iv) a informatização e (v) a temporalidade administrativa, confundindo-se com a celeridade da atuação estatal.

Explorando os elementos *supra* mencionados, a já ventilada transparência indica que todo e qualquer comportamento de agentes públicos deve ser conhecido do corpo social e da opinião pública, devendo o controle social agir para aprimorar a fiscalização da destinação de recursos públicos. Na sequência, a desburocratização indica a ausência de formalismos desnecessários, devendo os agentes públicos se abster de “criar dificuldades para vender facilidades”, nas palavras do Professor Regis Fernandes. Não se deve perder de vista que a forma é sempre instrumental ao atingimento de determinado fim, este sim essencial e tradutor das necessidades sociais.

A probidade denota a ética no procedimento tendente ao gasto público e a ausência de atos de corrupção e a equanimidade pode ser traduzida através da destinação de recursos ao essencial em detrimento do supérfluo. Por fim, o atingimento de resultados representa o norte da bússola da eficiência. Sem ele, pode-se preencher todos os requisitos anteriores, sem que se possa atribuir a qualidade da eficiência a determinado gasto público.

Sintetizando as fases anteriormente mencionadas, a eficiência deve estar presente na escolha política das necessidades públicas atendidas pelo Estado, seguida da escolha do instrumento de realização do gasto público (usualmente pré-determinado por Leis de procedimento fora do alcance do agente público). Em seguida, deve-se analisar a probidade e transparência do agente público, culminando no atingimento de resultados.

Em adição, a análise da eficiência aplicada às finanças públicas deve realizar o cotejo entre as necessidades públicas prioritárias e as escolhas estatais. Explica-se com um exemplo. O gasto de grande parte do orçamento para a manutenção das calçadas de bairros nobres, por exemplo, em detrimento de saneamento básico em zonas mais carentes de determinada

119MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 190.

municipalidade não pode ser reputado eficiente. Deve haver equitatividade¹²⁰ em relação às diversas necessidades públicas e razoabilidade no atendimento das mesmas, tendo em consideração que as finanças públicas possuem um constante contexto de escassez.

Nesta linha de intelecção, a análise da eficiência no plano jurídico perpassa a concretização dos direitos constitucionais, *in casu*, a redução das desigualdades sociais ou ainda a dignidade da pessoa humana. Afigura-se igualmente possível aplicar o princípio da eficiência quando da adoção de meios para atingir determinado resultado. Assim, traçadas as metas correspondentes às necessidades públicas, é natural que diversas providências pareçam aptas a atingir determinado objetivo, cabendo ao administrador público adotar aquela que melhor sirva ao interesse público, atingindo a finalidade de forma adequada e com maior eficiência e economicidade.

Para ilustrar a situação, imagine-se uma estrada coberta de buracos e causando graves acidentes constantemente. A finalidade pública é a recuperação da malha viária. Contudo, tal desígnio pode ser atingido, por exemplo, através do trabalho de preenchimento dos buracos da estrada (mais célere e menos custoso) ou do completo recapeamento (processo que demandará mais recursos e tempo, porém presume-se que potencialmente terá maior tempo de duração, evitando manutenções futuras)¹²¹.

Percebe-se que nem sempre a escolha pela via mais eficiente é óbvia, dependendo de critérios técnicos e, por vez, residindo em zona cinzenta na qual a navegação é tormentosa, devendo o administrador público eleger sempre a via que se afigurar mais adequada a partir da maior quantidade de informações possíveis, sempre munido do planejamento do Estado e ciente das metas e necessidades públicas.

Possui grande relevância neste contexto a questão da discricionariedade administrativa, que, contudo, será analisada em momento oportuno. Cabe aqui, contudo, a transcrição das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo escólio giza que a discricionariedade existe “*única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, aquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda*”¹²².

120OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108.

121O exemplo é de Régis Fernandes de Oliveira – OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 109.

122MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apud*. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

De acordo com Rogério Soares¹²³, ainda que sob o manto da separação dos poderes, deve tocar à administração o reconhecimento da capacidade de realizar a noção de Direito, através da liberdade do preenchimento de preceitos legais, em oposição à noção tradicional e inicial de Administração Pública como mera executora de normas.

Percebe-se, assim, que a discricionariedade não é margem para que o administrador aja da forma que bem entender, muito menos deve ser entendida como poder. Consiste, em verdade, em instrumento da eficiência e possui o condicionante de atingir o interesse público. Pode-se dizer, inclusive, que a responsabilidade torna-se maior em situações discricionárias do que naquelas em que a ação está atrelada à legalidade estrita.

Avançando para analisar a atuação estatal em uma acepção mais ampla ao considerar seus impactos na economia de mercado, nota-se, em relação à eficiência econômica clássica, que a atuação do Estado pode incrementá-la, por exemplo, corrigindo as falhas de mercado, ou, de outro turno, pode, em certa medida, frustrá-la, à medida que existe um *trade-off* entre a eficiência e certos valores constitucionais nucleares, como a igualdade ou a justiça social.

Exemplo clássico de falhas de mercado reguladas pela ação estatal são as externalidades positivas e negativas, que podem ser administradas pela ação estatal de diversas formas, dentre elas, a taxação da externalidade negativa, a exemplo da poluição, e a definição do direito de propriedade (determinando, por exemplo, se existe o direito de poluir ou se existe o direito ao ar puro, facilitando o processo de mercantilização de externalidades). No caso das externalidades positivas, Nazaré Cabral e Guilherme Martins acostam o exemplo da vacinação, cujas externalidades positivas são de tal monta que o Estado decide assumir o mercado do referido bem¹²⁴.

De outro turno, a ação do Estado frustra a eficiência econômica ao atuar na função de redistribuição, corrigindo a repartição original de rendas da economia de mercado. Este desiderato é atingido, *inter alia*, pelas transferências levadas a cabo pela assistência e seguridade sociais, bem como pelo sistema tributário que permita tributação mais severa aos integrantes das classes sociais superiores.

Assim, conforme a ciência econômica, este gênero de política pode prejudicar a produtividade total da economia à medida que cria estímulos para que se trabalhe menos (já que o maior rendimento é tributado de forma superior, e aqueles nas faixas sociais mais

123SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Administrativo**. Porto, 1980. p. 68.

124CABRAL, Nazaré da Costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa. p. 23.

baixas fazem jus a benefícios públicos diversos), prejudicando a produção nacional, o montante do Produto Interno Bruto e, por conseguinte, a eficiência econômica.

Ocorre que este tipo de política de Estado possui o fito de concretizar comandos constitucionais de relevo, de modo que, se por um lado carecem de eficiência econômica, por outro possuem eficiência jurídica à medida que atendem às necessidades públicas que o Estado se propôs a concretizar. Neste ponto é útil mencionar a teoria de justiça de Rawls, que assevera a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar¹²⁵.

Por fim, o presente trabalho pretende abordar as dificuldades de controle do princípio da eficiência no setor público, tarefa reconhecida pela doutrina como trabalhosa e de difícil sucesso¹²⁶. A dificuldade principal reside na incapacidade de mensurar, com exatidão, os insumos envolvidos na operação (*inputs*) e, principalmente, os resultados obtidos (*outputs*).

Os insumos consistem nas despesas despendidas para determinado projeto, programa ou política pública. A dificuldade de mensurar os insumos na atividade do setor público é superior à encontrada no setor privado, já que não é incomum existir a sobreposição de insumos de diversos setores públicos.

Em relação aos resultados, os desafios relacionam-se com as dificuldades de realização de experimentos nas ciências sociais, haja vista que se trata de contexto em que é impossível o isolamento de variáveis, havendo constante contaminação do empreendimento por outros fatos sociais. No caso dos resultados observados das políticas públicas, é desafiador identificar os resultados diretos, os indiretos (materializados pelas externalidades) e os fatos da vida alheios à política pública que, contudo, têm o condão de influenciar nos *outcomes* das políticas públicas.

Em adição, no setor privado, os resultados possuem um valor de mercado, de modo que são facilmente quantificados e avaliados, qualidade quase sempre inexistente nos resultados das políticas dos setores públicos. Por esta razão, para avaliar os resultados das políticas públicas é comum a definição de indicadores de avaliação a permitir acessar a eficiência da referida política, o que, muitas vezes, torna-se atividade complexa e vaga.

Soma-se a estes elementos a ausência de objetivos claros traçados previamente à execução da política pública, situação comumente encontrada em diversos países cuja noção de planejamento é mais teórica que prática. Neste sentido, Peter Drucker acredita que a

125RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

126MIHAUI, Diana Marieta; OPREANA, Alin; CRISTESCU, Marian Pompiliu. **Efficiency, Effectiveness and Performance of the Public Sector**. Disponível em: <http://www.ipe.ro/rjef/rjef4_10/rjef4_10_10.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

eficiência se atrela de forma visceral à efetividade, já que não há eficiência em se atingir determinado resultado que não aquele inicialmente pretendido¹²⁷. Para o autor, a efetividade é uma condição *sine qua non* para o atingimento da eficiência.

Nesta linha de intelecção, a eficiência baseia-se na relação entre os insumos (*inputs*), os resultados (*outputs*) e os efeitos (*outcomes*)¹²⁸¹²⁹. Assim, Ulrike Mandl, Adriaan Dierx e Fabienne Ilzkovitz distinguem a eficiência técnica da eficiência alocativa, de modo que a eficiência técnica pressupõe uma relação entre insumos e *resultados*, ao passo que, de forma complementar, a eficiência alocativa exige uma razão de custos e *benefícios*¹³⁰. Assim, os efeitos de determinada política pública decorrem do conjunto dos resultados da política, bem como de fatores externos que em nada se relacionam com a ação governamental, e que dificultam a análise da eficiência do referido programa.

Estas peculiaridades serão exploradas no capítulo 2, onde será lançado olhar atento para o controle da eficiência da atuação pública.

1.4. O princípio da eficiência e a gestão orçamental

As origens do orçamento público estão ligadas à origem do poder de tributar e têm como ponto de partida a idade média. Conforme assevera Aliomar Baleeiro¹³¹, pode-se atribuir à Inglaterra e à França a difusão da doutrina e das práticas orçamentárias, que já existiam de forma incipiente em diversos estados europeus¹³².

De forma mais detida, Paz Ferreira¹³³ ensina que o orçamento se originou na Grã-Bretanha, a partir dos conflitos travados pelo clero, comuns e lordes contra as dinastias dos Stuarts e Tudors acerca da cobrança de impostos, originando documentos fundadores da história do Direito moderno, a exemplo da Magna Carta, da *petition of rights* e da *bill of*

127DRUCKER, Peter. **O melhor de Peter Drucker**: a administração. São Paulo: Nobel, 2001. p. 147.

128MANDL, Ulrike; DIERX, Adriaan; ILZKOVITZ, Fabienne. **The effectiveness and efficiency of public spending**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication11902_en.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

129No setor da educação, por exemplo, o *output* é representado pelo grau de letramento da população escolarizada, e o *outcome* é representado pelo nível de educação da população ativa de determinado país.

130MANDL, Ulrike; DIERX, Adriaan; ILZKOVITZ, Fabienne. **The effectiveness and efficiency of public spending**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication11902_en.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

131BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17ª Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010.

132Estes, por efeito de instituições feudais, obrigavam o monarca a pedir a uma assembleia de contribuintes o assentimento para a aplicação dos tributos.

133FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 228.

rights, promovendo a passagem de um sistema absolutista para um sistema de soberania nacional baseado no consentimento parlamentar.

Cristalizando ainda mais esta noção, as constituições da França e dos Estados Unidos da América consignaram de forma hialina a existência de poderes financeiros afetados ao parlamento.

Assim, incutiu-se nos principais diplomas legais os princípios orçamentários da representação política e do consentimento expresso, apesar de, nos primórdios da história do orçamento, o foco permanecer na autorização de arrecadação, e não na permissão do gasto.

O termo “budget”, utilizado em França e na Inglaterra para designar o orçamento, vem da palavra francesa *bougette*, é dizer, bolsa de couro¹³⁴, utilizada pelo Ministro das Finanças ao levar à Câmara dos Comuns os papéis da minuta da lei orçamentária.

Foi em 1822, na Inglaterra, que se estabeleceu a tradição do Ministro da Fazenda expor ao Parlamento as receitas e despesas orçamentárias de cada exercício, marco inicial do orçamento na sua dinâmica moderna, para Jesse Burkhead¹³⁵. Ainda naquele país, progressivamente, a responsabilidade pelo orçamento migrou do executivo (que possuía a responsabilidade exclusiva pelas finanças estatais), para o legislativo, através da competência da Câmara dos Comuns para autorizar tributos e aprovar despesas, além do controle da execução orçamentária.

Nesta senda, o orçamento inglês possui destacada relevância por dois aspectos, quais sejam, fixar a natureza jurídica e técnica do instrumento em lume, e irradiar a tradição orçamentária para outros países.

Em França, após a volta da Assembleia Nacional pós Napoleão, a instituição passou a integrar o trâmite orçamentário decretando a Lei Financeira Anual, sem, contudo, controlar a execução orçamentária, feição que apenas se consolidou por volta do ano de 1831. Conforme Jesse Burkhead, a tradição do orçamento francês consolidou regras e princípios relevantes na atualidade, como, por exemplo, a anualidade orçamentária, a sua votação prévia em relação ao exercício financeiro, a universalidade do orçamento e a não afetação de receitas.

Neste diapasão, desde os séculos XVII e XVIII a autorização de despesas foi atrelada ao controle de despesas, tendência que deu à luz o orçamento moderno, que condiciona o manejo dos recursos públicos para os fins de interesse do povo. O orçamento funcionava, até

134“*How a bougette became the Budget*” (and a bag a briefcase). Disponível em< <https://www.theguardian.com/money/2004/mar/14/observercashsection.theobserver6>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

135BURKHEAD, Jesse. **Orçamento Público**. Administração Para o Desenvolvimento. Volume 15. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

certa medida, como “escudo” do povo contra as tendências perdulárias dos governantes (pense em Maria Antonieta e no horror da opinião pública contemplando as despesas públicas da época), verdadeiro dique de contenção de despesas e, por consequência, da tributação.

A noção de orçamento continuou a evoluir, de modo que, durante a passagem do “Estado autoridade” para o “Estado empresa de serviços públicos”, surgiu a necessidade de maior tutela dos direitos subjetivos¹³⁶ e de controle da execução orçamentária.

No primeiro momento, o foco do controle residia na análise do cumprimento da legalidade, cujo cumprimento geralmente era sinônimo de regularidade nas contas públicas. Conforme ilustra João Catarino¹³⁷, era notória a expressão “*contas certas por direito certo*”, noção que sofreu franca evolução na atualidade, conforme será elucidado no capítulo 2.

Feito o apanhado histórico, é possível conceituar o orçamento a partir de vários ângulos. Conforme Catarino¹³⁸, de forma substancial, consiste na previsão de receitas e despesas. A partir duma aceção material, consiste em previsão na qual se insere a autorização para arrecadar tributos e realizar despesas, dentro de um determinado período. Do ponto de vista econômico, a lei de meios determina o panorama da atividade econômica, ao determinar a destinação dos recursos públicos e, por sua vez, a sua feição política consiste na autorização do titular do poder político, o povo, para a imposição de tributos e realização de gastos públicos.

Na mesma esteira Paz Ferreira¹³⁹ destaca o conceito fornecido por Armindo Monteiro, para quem o orçamento consiste na “*previsão das necessidades económicas do Estado e do seu modo de satisfação durante um certo período, feita pelos órgãos e pela forma legalmente designada e representando o acto condição de regularização e de regular dispêndio e arrecadação de quantias*”.

Na doutrina, as espécies de orçamento público são elencadas da seguinte forma: o orçamento clássico ou tradicional, consistindo em peça estritamente contábil que prevê receitas e fixa despesas, sem realizar nenhum tipo de planeamento. Na sequência, há o orçamento por desempenho ou por realizações, espécie na qual o gestor público demonstra

136SOARES, Rogério. **interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 75.

137CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 231.

138CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p.205.

139FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 229.

uma incipiente preocupação com o que o governo realiza, e não apenas com o que o governo compra.

É possível mencionar ainda o orçamento base zero ou orçamento por estratégia. Neste modelo, parte-se da análise crítica de cada despesa, questionando-se a necessidade de cada uma delas. Diz-se “base zero” pois o orçamento parte do pressuposto de que toda e qualquer despesa deve ser justificada, e não apenas rolada de um ano para o subsequente, de modo que não existe a repetição de despesas para apenas aumentá-las de forma incremental.

Em adição, pode-se falar em orçamento programa, no qual há a preocupação com a concretização de programas de governo, havendo peças que projetam a ação governamental de forma plurianual. Nesta modalidade de orçamento, há um elo entre as peças orçamentárias de diferentes anos. O orçamento programa foi inserido no Brasil a partir da Lei nº 4.320/64. Outra espécie orçamentária é o orçamento participativo, modalidade em que, durante a elaboração do orçamento, a população é convidada a oferecer suas ideias e anseios em relação às necessidades públicas.

Da leitura das modalidades acima, é possível depreender que o princípio da eficiência deu o tom da evolução das técnicas orçamentárias, de modo que, se nos primórdios da sua história o orçamento consistia apenas em mera peça contábil de despesas e receitas, na atualidade debate-se o *performance budget* (orçamento de performance, abordado a seguir), em plena consonância com a aplicação do princípio da eficiência à questão orçamental.

Em linha com o quanto exposto, o orçamento de performance, ou *performance budget*, é uma espécie de orçamento funcional, que se baseia nas funções, atividades e projetos¹⁴⁰. Sob o seu método, o importante é a finalidade que se pretende alcançar, não os meios empreendidos, ou os funcionários envolvidos.

O primeiro registro oficial do orçamento de performance ocorreu em 1949¹⁴¹, nos Estados Unidos da América, em um relatório editado pela Comissão Federal de Organização do Poder Executivo (*President Hoover Commission*), numa tentativa de aprimorar o trâmite orçamental naquele país, propondo a reforma da peça orçamentária que deveria ser baseada em funções, atividades, projetos e, sobretudo, no atingimento de metas e resultados.

140BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17ª Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010. p. 550.

141 **Performance Budgeting: a means to improve EU spending**. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/608724/EPRS_IDA\(2018\)608724_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/608724/EPRS_IDA(2018)608724_EN.pdf)> Acesso em 25 de agosto de 2020.

Diz-se que o Estado Americano adota o *performance budget* desde 1951¹⁴², entretanto, acredita-se que o orçamento de performance ventilado pela doutrina na atualidade possui certas distinções em relação ao realizado na década de 1950, na América do Norte. Assim, um estudo do Fundo Monetário Internacional¹⁴³ estima que na década de 1960, cerca de 50 países praticavam alguma variação do orçamento de performance, a exemplo da Austrália, Canadá e França.

A partir da década de 1980, o orçamento de performance passou a integrar uma tendência ampla de reforma administrativa, conhecida nos Estados Unidos da América como “*new public management*”, que prega a modernização do setor público e a adoção de práticas típicas do setor privado, em especial a focalização dos resultados, em detrimento do foco no procedimento¹⁴⁴.

O propulsor desta tendência foi o liberalismo conservador, primeiramente na Inglaterra de Margareth Thatcher marcada pela privatização, liberalização e desregulação, criando o terreno favorável à criação do *New Public Management*, em rompimento com as teorias weberianas da administração pública¹⁴⁵.

Dentro dos elementos¹⁴⁶ da nova cultura, podem ser elencados: (i) a profissionalização da gestão pública; (ii) a cultura da performance; (iii) a ênfase em resultados e objetivos; (iv) a fragmentação de grandes unidades; (v) a gestão empresarial como forma ideal de gestão e (vi) a noção de realizar o máximo com o mínimo de investimento (*value for money*).

Conforme bem pontuado por Susana Tavares da Silva, a tendência de reforma e modernização foi potencializada nos Ordenamentos Jurídicos da Europa continental devido à política cognominada de “emagrecimento do estado”, proposta pela União Europeia. Dentre as mudanças encetadas pelo movimento, a autora¹⁴⁷ menciona o estabelecimento de parâmetros de desempenho, a desestruturação de estruturas burocráticas, o foco em produtividade e maior controle nos dispêndios públicos.

142 BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17ª Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010. p. 550.

143 DIAMOND, Jack. **From programme to performance budgeting: The Challenge for Emerging Market Economies**. IMF Working Paper WP/03/169, June 2003, p. 8. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/From-Program-to-Performance-Budgeting-The-Challenge-for-Emerging-Market-Economies-16542>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

144 Marcelo Rebelo de Sousa define o procedimento administrativo como “uma série de condutas dotadas de lógica interna e orientadas para a produção (procedimento decisório) ou execução (procedimento executivo) de uma decisão administrativa”. SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo III. p. 53.

145 CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 171.

146 CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 171.

147 SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo Direito Administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 39.

Nesta linha de raciocínio, o surgimento do modelo de contratação representado pela Parceria Público Privada na década de 1990 representa esta nova fase de desenvolvimento estatal, por representar técnica de concessão pública sem implicar a transferência de propriedade dos bens envolvidos na atividade. É um exemplo do movimento que buscou diminuir a atividade estatal incrementando a participação das empresas privadas na prestação de serviços público (“desintervenção” pública e desoneração administrativa)¹⁴⁸.

A referida tendência incrementou ainda mais a popularidade da técnica de orçamento por performance tanto que, atualmente, a maior parte dos países membros da OECD aplicam alguma versão desta espécie de orçamento.

De acordo com sua aceção atualíssima, o orçamento de performance engloba elementos como a orientação em função de resultados (*final outcome*), a estratégia utilizada (os diferentes meios possíveis de atingir o resultado buscado), bem como o que é de fato realizado para atingir o resultado e qual é o efeito real da ação.

Assim, a partir da meta traçada, objetivos específicos são definidos e fundos são subdivididos entre eles, com o objetivo de concretizar o resultado maior inicialmente aventado. A apresentação do *performance budget* é fruto dos esforços de incrementar o controle de gastos e a eficiência do setor público.

Conforme Nazaré Cabral¹⁴⁹, o *performance budget* possui as seguintes etapas: (i) planejamento dos objetivos do programa; (ii) identificação dos *inputs*; (iii) identificação dos *outputs*, (iv) determinação dos *outcomes*, (v) determinação dos efeitos e (vi) identificação do alcance do programa.

O referido orçamento oferece benefícios diversos aos vários interessados, conforme a OECD¹⁵⁰. Assim, para o governo, representaria uma chance de fortalecer o elo entre as prioridades públicas e a elaboração do orçamento, incrementando a oportunidade do governo do momento de atender aos anseios sociais.

Por outro lado, para a sociedade civil, o orçamento de performance oferece maior transparência e *accountability* em relação ao objetivo inicial de cada gasto público, abrindo a “caixa preta” do orçamento, de modo a incrementar a cidadania direta e o envolvimento no processo de realização do orçamento.

148 AZEVEDO, Maria Eduarda. **Temas de Direito da Economia**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 256.

149 CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 293.

150 OECD **Best Practices for Performance Budgeting**. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO(2018)7/en/pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Neste sentido, a OECD define o orçamento de performance como o orçamento que cria um elo entre a alocação de fundos e resultados mensuráveis¹⁵¹. O orçamento de performance pode ser dividido em três grupos distintos, quais sejam, o orçamento de performance apresentacional (*presentational performance budget*); o orçamento de performance informado (*performance-informed budgeting*) e o orçamento de performance direto (*direct performance budgeting*)¹⁵².

O primeiro deles, o orçamento de performance apresentacional, é formatado para que as informações concernentes à performance (a metas ou resultados) sejam apresentadas em documentos orçamentais, porém, tal apresentação não possui a função de influenciar no processo de decisão da confecção orçamental. Funciona como espécie de “primeira fase”, ou nível do uso, de informações de performance na feitura do orçamento.

No orçamento de performance informada, a informação de performance possui relevância maior em relação ao modelo anterior, de modo que é sopesada no momento de tomada de decisões orçamentárias, contudo, não possui um peso específico no processo decisório, sendo usada juntamente com informações de outra natureza no processo de tomada de decisão.

Por fim, o orçamento de performance direta cria uma ligação clara entre resultados alcançados e recursos alocados. Esta modalidade de orçamento é utilizada de forma limitada pelos membros da OECD e apenas em determinados setores.

Mas o que significa exatamente a informação de performance? O termo alude ao fornecimento de informações acerca da eficiência e eficácia dos operadores dos programas, metas, e dos serviços públicos. Seu manejo propicia maior ênfase no planejamento de ações estatais e exacerba a transparência da atuação pública, e um exemplo desta modalidade de dado são os resultados do PISA – *Programme for International Student Assessment*, que consiste no levantamento trienal de dados de diversos países acerca do *status* da educação.

Quanto à forma como pode ser utilizada a informação acerca da performance, relatório da OECD aponta que existem, basicamente, três tipos de incentivos para incrementar a performance de determinado setor público: recompensas e sanções financeiras, o incremento ou a limitação da flexibilidade gerencial ou financeira de determinado órgão ou, por fim, o

151OECD. **Performance budgeting: a user's guide.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/budgeting/Performance-Budgeting-Guide.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

152OECD. **Performance budgeting: a user's guide.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/budgeting/Performance-Budgeting-Guide.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

reconhecimento público daqueles que apresentam boa performance ou o contrário, é dizer, a divulgação ampla dos gestores ou setores que apresentam performance ruim.

O primeiro problema apresentado pelos métodos acima é o comprometimento da qualidade da informação fornecida. Se os dados arregimentados têm o potencial de serem utilizados para promover cortes no orçamento do próprio órgão responsável por preparar e enviar a informação de performance, a sua veracidade e completude pode ser questionável. A manipulação de informações acerca de programas públicos não é inédita, e sua possibilidade deve ser considerada, já que o corte de programas que apresentam performance ruim geraria um “incentivo” à adulteração de dados.

Por esta razão, é raro o manejo das informações de performance para promover cortes orçamentais em programas ou setores¹⁵³. Outra razão para isto é que o resultado pode representar uma combinação de fatores alheios à administração pública, e, mesmo que sejam um resultado direto da má gestão, é intuitivo que cortar fundos de um programa que vai mal não é uma maneira adequada de incrementar sua performance.

Neste contexto, a conduta mais difundida é a divulgação de nomes dos gestores que possuem performance ótima, satisfatória ou ruim, considerando a pressão social que tal ação promove (a conduta é adotada no Reino Unido, Austrália e Estados Unidos).

Com estas considerações, percebe-se que o angariamento de informações de performance é apenas um ponto de partida, já que a sua influência no orçamento e na eficiência das ações públicas depende da forma como são sopesadas pelos governos e administradores públicos para determinar a alocação de recursos estatais.

De acordo com a OECD, existem diversos obstáculos para a implementação plena do orçamento de performance, dentre eles, a melhoria dos métodos de mensuração de resultados, para aferir a eficiência de determinado programa, além do incremento da qualidade da informação fornecida, uma vez que estes dados têm a pretensão de subsidiar importantes tomadas de decisão. Além disso, menciona-se a necessidade de conscientizar os atores políticos para a importância da valoração dos dados de performance na alocação de recursos dos orçamentos seguintes, bem como a necessidade de integrar de maneira adequada as informações de performance à tomada de decisões orçamentárias.

Conforme a mencionada organização, o orçamento de performance não pode ser uma ilha no horizonte governamental, devendo existir o que se chamou de “ecossistema de

¹⁵³Conforme dados da OECD, o único país que realiza os referidos cortes é a Coreia do Sul, que diminui em 10% o orçamento de programas ineficientes, de forma automática.

performance”, que deve permear todo o caminho do gasto público, manejando, dentre outros instrumentos, as contratações públicas orientadas por performance, a avaliação anterior e posterior de programas e a auditoria de performance. Trata-se, assim, de uma jornada, e não de um destino¹⁵⁴.

Todos estes desafios precisam ser superados para incrementar a eficiência na fase orçamental, essencial para a alocação adequada de recursos em necessidades públicas prioritárias.

1.5. Outros conceitos afins ou úteis à compreensão do tema em lume

1.5.1. Externalidades positivas e negativas

Consoante já explanado no tópico 1.1, as externalidades consistem em “efeitos colaterais” de certas atividades, que recaem sobre terceiros alheios a ela. Considerando que recaem sobre terceiros, geralmente não são consideradas nos custos da referida atividade. As externalidades podem ser negativas (neste ponto o exemplo clássico é a poluição) ou positivas, quando, por exemplo, um comércio importante abre as portas e valoriza as propriedades ao seu redor, além de gerar empregos diretos e indiretos.

As externalidades são importantes falhas de mercado, e a sua existência em um determinado mercado significa a alocação ineficiente de recursos. Neste sentido, a eficiência do referido mercado depende da neutralização (ou internalização) das externalidades.

Neste diapasão, as soluções para as externalidades podem ser privadas ou estatais/públicas¹⁵⁵. Nas soluções ditas privadas, os mercados responsabilizam-se pela internalização das externalidades, através de mecanismos como a formação de uma “unidade econômica” que deverá ser regida por regras, para que as consequências da atividade sejam compartilhadas por todos os integrantes da unidade.

Joseph Stiglitz¹⁵⁶ oferece o exemplo dos residentes de terrenos sob os quais existe uma bacia comum de petróleo. Nesta situação, caso cada proprietário decida quanto petróleo decide extrair, menos petróleo restaria para os demais proprietários (e, gradativamente, o custo de extração seria incrementado, por conta da crescente escassez). Para esta situação, a formação de um grupo entre os proprietários e a determinação de um montante máximo de

154OECD Best Practices for Performance Budgeting. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO(2018)7/en/pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

155STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 132.

156STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 132.

petróleo a ser extraído por cada um seria uma solução de internalização da externalidade negativa em lume.

Solução diversa pode ser encontrada a partir da atribuição de direitos de propriedade à situação em questão. Assim, em uma situação de poluição do ar que os habitantes de uma cidade respiram, é um direito da fábrica adjacente de produzir seus bens de forma livremente, poluindo o ar, ou é direito dos cidadãos da referida municipalidade respirar ar puro?

Esta definição é importante para o Teorema de Coase, noção vislumbrada por Ronald Coase, em sua obra *The problem of Social Cost*¹⁵⁷, já que determinar quem possui o direito de propriedade, o *entitlement*, em determinada situação, é a chave da dinâmica distributiva na neutralização da externalidade. Nestes termos, ao determinar o proprietário no caso concreto, é possível determinar quem deverá ser indenizado e quem indenizará, facilitando a operação eficiente do mercado em questão.

A negociação entre os envolvidos permite que as perdas em bem-estar causadas pelas externalidades sejam internalizadas, atingindo uma situação Pareto-eficiente no mercado de externalidades¹⁵⁸.

Solução alternativa que tem o condão de solucionar problemas envolvendo a produção de externalidades mesmo na ausência de definição de direitos de propriedade é o recurso ao Poder Judiciário. Isto ocorre pois, a partir da responsabilidade civil extracontratual, configura um ato ilícito a conduta daquele que, por ação ou omissão, causar dano a outrem, ainda que o dano seja exclusivamente moral¹⁵⁹.

Existe, portanto, o direito de não ser lesado em sua esfera jurídica. Exemplo deste fenômeno ocorreu durante o derramamento de óleo em Prince William Sound, no Alaska, de responsabilidade da empresa Exxon. Neste caso, o Poder Judiciário determinou o pagamento, ao estado do Alaska na condição de gestor, de mais de 1 (hum) bilhão de dólares em compensações e danos, em nome dos pescadores da região, daqueles que viviam do tráfego turístico daquele lugar, bem como de todos os americanos que se sentiram lesados pelo dano ambiental causado.

Percebe-se, assim, que nem sempre é possível atingir uma solução privada para a questão das externalidades. Assim, é possível que a externalidade atinja bens públicos, como

157COASE, R. H. **The problem of social cost.** Disponível em: <<http://www.ycu.edu.cn/upload/20181101111250375.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

158COASE, R. H. **The problem of social cost.** Disponível em: <<http://www.ycu.edu.cn/upload/20181101111250375.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

159No código civil brasileiro a norma é encontrada no artigo 186. Já no código civil português encontra-se no artigo 483 (Decreto Lei 47.344/66).

o ar puro, a água utilizada para a sobrevivência de todos, surgindo, deste modo, o problema do *free rider*¹⁶⁰ ou caroneiro, é dizer, aquele que não está disposto a arcar com os custos de utilizar determinado bem, em verdadeira relação de parasitismo econômico.

Alia-se a este problema a assimetria de informação existente em um mercado, especialmente quando considerada a existência de múltiplos agentes. Neste sentido, numa negociação entre fumantes e não fumantes¹⁶¹, os fumantes podem alegar que os custos de fumar são mais elevados do que de fato são, ou um número de fumantes pode determinar que estão dispostos a pagar menos do que deveriam pelo ato de fumar.

Caso os envolvidos resolvam levar o caso ao Poder Judiciário, como analisado acima, existem custos envolvidos neste acionamento e, decerto, alguns dos envolvidos não possuirão condições econômicas para arcar com os referidos valores, havendo uma discriminação de determinadas classes sociais em relação ao acesso à justiça.

Pelas razões acima elencadas, é possível vislumbrar a intervenção estatal no mercado de externalidades¹⁶². Sobre o tema, a ação estatal pode ser dividida em dois grandes grupos: (i) as ações de natureza mercadológica, é dizer, que se servem de instrumentos de mercado para neutralizar as externalidades, ou (ii) as ações regulatórias, que se valem da autoridade estatal para emitir comandos cogentes aos criadores de externalidades.

Ainda, as soluções estatais que envolvem instrumentos de mercado podem ser divididas em três grupos: a cominação de penalidades ou a criação de taxas, a concessão de subsídios e a criação de licenças que permitem a criação de externalidades até um ponto fixado.

Das ações mencionadas a mais simples é a taxa ou penalização da produção de externalidades. O fundamento lógico desta medida ampara-se na premissa de que existe uma diferença entre o custo social da externalidade e o seu custo privado para o seu criador. Neste raciocínio, a penalidade ou taxa, caso adequadamente fixadas, possui o condão de igualar estes custos, atribuindo ao criador da externalidade o verdadeiro custo social de suas ações¹⁶³.

Outra medida governamental pode ser a concessão de subsídios representativos dos custos de diminuição da externalidade, expresso pela diferença entre (a) o benefício social marginal do abatimento da externalidade e (b) o benefício marginal do criador da

160CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 71.

161STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 137.

162STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 138.

163STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 138.

externalidade. Contudo, Stigler ressalta que este método não atinge a alocação eficiente de recursos¹⁶⁴, já que o custo social total de produção num cenário de subsídios inclui o custo governamental com o subsídio, de modo que estes custos não são considerados pelos criadores das externalidades. Assim, o cenário de subsídios atinge solução ineficiente de modo análogo ao cenário anterior aos subsídios, já que o custo privado de produção é menor do que os custos sociais da produção.

Por fim, dentre as possibilidades de atuação estatal no manejo das externalidades está a concessão de licenças autorizadoras de sua produção. Este sistema funciona através da determinação de um limite para a produção de externalidades, além do qual a sua emissão é proibida.

O criador de externalidades passa a possuir o direito de emití-las até o referido limite. Caso sua emissão fique aquém do limite permitido, pode comercializar o excedente não utilizado, sistema denominado *cap and trade*. Neste sistema, a venda de licenças será economicamente interessante à medida que o seu preço de comercialização for superior ao custo marginal de redução da poluição¹⁶⁵.

Contudo, existem óbices atreladas ao sistema de licenças, conforme destacado por Joseph Stiglitz. Primeiramente, é forçoso reconhecer que conceder licenças que podem ser comercializadas significa conceder dinheiro. Assim, imaginemos licenças de poluição concedidas a duas empresas: uma poluidora contumaz que não adota nenhuma técnica de otimização de produção, e outra que possui produção ecologicamente adequada e polui o mínimo que a tecnologia permite. Neste cenário, o custo marginal de diminuição de poluição será baixo para o poluidor contumaz e praticamente inexistente para a empresa ecológica, de modo que o poluidor passa a ter as vantagens atreladas aos ganhos económicos oriundos da venda das licenças, prerrogativa inexistente para o produtor ecológico.

Por outro lado, uma das vantagens do sistema de licenças é que o Poder Público é capaz de estimar com relativa facilidade a quantidade total de externalidades criadas (já que sua criação está atrelada à concessão de licenças). Por outro lado, no sistema de multas ou taxas, esta variável não é tão facilmente determinada ou determinável, já que o custo monetário da taxa/penalidade será internalizado no processo produtivo do bem que atingirá novo equilíbrio de mercado.

164STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 141.

165STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 144.

Por fim, no sistema de regulação direta o Estado determina o máximo de externalidades que podem ser produzidas. As críticas dirigidas à regulação direta do sistema de externalidades argumentam que ele é injusto, já que a diminuição das externalidades possui custo marginal distinto para diferentes produtores. Em adição, este sistema não seria eficiente já que haveria pouco ou nenhum incentivo para que as empresas diminuíssem a produção de externalidades para alguém do *quantum* fixado, ainda que possuíssem capacidade econômica e técnica para tanto¹⁶⁶.

1.5.2. Efetividade, eficácia e eficiência

Faz-se mister, ainda, distinguir de forma cabal os conceitos de efetividade, eficácia e eficiência, comumente utilizados como conceitos intercambiáveis que, contudo, possuem significados distintos.

Primeiramente, deve-se entender como eficácia o exame dos resultados. Assim, analisa-se em que grau a atividade estatal gera benefícios na sociedade¹⁶⁷. Conforme lição de Marcelo Rebelo de Sousa¹⁶⁸, “*um acto jurídico eficaz é aquele que produz efeitos jurídicos, um acto jurídico ineficaz é aquele que não produz efeitos jurídicos*”.

A eficácia de uma ação é um dos aspectos da economicidade e deve ser valorada quando da mensuração da eficiência, usualmente relacionada a meios e mecanismos utilizados para atingir determinado resultado.

Nesta linha de raciocínio, a eficácia cinge-se à análise de resultados, sem confrontá-los com nenhuma grandeza. Assim, por exemplo, o Estado pode utilizar de meios eficazes para erradicar o analfabetismo em determinado país, porém, pode fazê-lo com mais ou menos recursos, é dizer, de forma eficiente ou ineficiente.

Destaca-se a existência de doutrina que diverge do conceito aqui esposado, entendendo a eficácia de forma diversa. Para Santos, a eficiência relaciona-se com pessoas, que podem ser físicas ou jurídicas, ao passo que a eficácia relaciona-se a fatos, mantendo, contudo, neste conceito, a ideia de atingimento de um resultado desejado¹⁶⁹¹⁷⁰.

166STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 146.

167FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 98.

168SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo III**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007. p. 51.

169SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da Eficiência da Administração Pública**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 186.

170 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. p. 129.

De outro giro, a efetividade pressupõe a comparação entre as metas fixadas durante a fase de planejamento e os resultados de fato alcançados. É, portanto, a eficácia em reflexão, pois efetua uma atividade comparativa do que se pretendia e do que foi de fato realizado. A sua verificação integra a eficiência em seu sentido jurídico, já que a eficiência pressupõe não apenas a racionalização dos meios, mas a viabilização de um resultado pretendido.

Em que pese já explorado em tópico próprio, é salutar rememorar que, uma vez trazido para a seara do Direito e, de forma específica, para o âmbito das Constituições, o princípio da eficiência não pode restringir-se a uma análise de economicidade, é dizer, de minimizar custos e maximizar benefícios¹⁷¹. Assim, o seu conceito dentro das ciências jurídicas serve de vetor interpretativo para o desenho e monitoramento de políticas públicas, de modo que deve atender a efetividade das políticas públicas, visando a reverberação de resultados positivos, com atenção a dispêndios desnecessários.

Em arremate, a eficiência pode ser útil ainda na determinação de escolhas públicas, considerando que os objetivos de uma nação podem ser conflitantes, determinando a eficiência que seja adotada a solução que apresenta maior utilidade para o bem-estar social. Para ilustrar, cita-se o exemplo trazido por Fábio Konder Comparato¹⁷², ao demonstrar que uma política agressiva de incentivos fiscais no setor agrícola pode ser incompatível com o princípio da defesa do meio ambiente. A solução mais eficiente, neste gênero de situação, não é aquela que apresenta maior utilidade econômica, mas aquela que consiga conciliar interesses e salvaguardar o bem-estar social.

1.6. O princípio da eficiência à luz da execução e implementação das políticas públicas

As políticas públicas resultam das decisões políticas tomadas por agentes políticos, que devem definir os objetivos sociais e quais são as melhores maneiras de atingi-los. Thomas Dye¹⁷³ define a política pública como “*qualquer coisa que o governo escolha fazer, ou não fazer*”, enfatizando a posição de protagonismo do governo e a noção de que até mesmo a decisão de não fazer algo materializa uma política pública (exemplo disso seria o não ingresso em uma zona de livre comércio).

171 FURTADO, JR CALDAS. **Direito Financeiro**. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2012. p. 544

172 COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 35. n° 138. Brasília, Senado Federal, abr./jun. 1998, p.39-48, p. 46.

173 DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. Englewoods Cliffs: Prentice-Hall, 1972.

Representam, assim, microssistemas de Direito Público que obrigam o legislador, o administrador, o Poder Judiciário e até mesmo a sociedade¹⁷⁴ a concretizar determinados programas e aspirações resultantes de projetos ideológicos inseridos implícita ou explicitamente no texto constitucional.

Existe divergência doutrinária acerca da natureza jurídica das Políticas Públicas, não existindo consenso se a mesma é um ato, uma norma ou um conjunto de atividades. Para Norberto Bobbio, as políticas públicas representam um conjunto de atos e podem ser definidas como “*a intervenção do Estado no ordenamento da sociedade por meio de ações jurídicas sociais e administrativas*”¹⁷⁵.

De outro turno, Maria Paula Dallari assevera que “*são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”¹⁷⁶.

Deste modo, representam programas de ação materializados por atividades coordenadas e conduzidas por normas que possuem o escopo de atender a necessidades sociais de relevo, condicionando a destinação dos investimentos públicos e de recursos humanos, patrimoniais e financeiros.

Conforme Lowi¹⁷⁷, as políticas públicas classificam-se em: (i) distributivas, que estabelecem meios para a distribuição de recursos (por exemplo, a reforma agrária); (ii) constituintes, que são aquelas que criam condições para a resolução de determinado problema (seria o caso de promulgar uma legislação específica voltada a certa questão); (iii) redistributivas, que promovem o deslocamento de recursos para grupos ou setores específicos (exemplo, a zona franca de Manaus, no Brasil) e (iv) regulatórias, que traçam modelos de comportamento, com a finalidade de criar estímulos positivos ou negativos (o exemplo clássico é uma proibição de qualquer natureza).

As políticas públicas possuem um ciclo, desde a sua gênese até a sua avaliação. Este ciclo é representado pelas seguintes fases: agenda, elaboração, formulação, implementação,

174RIZZO JR, Ovídio. **Controle social efetivo das políticas públicas**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2009.

175BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 782.

176DALLARI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

177LOWI, Theodore. **Four systems of policy, politics and choice**. *Apud* MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patricia. **Gestão Pública: Abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 167.

execução, acompanhamento e avaliação¹⁷⁸. A agenda ocorre a partir da identificação do problema, quando o administrador público determina quais são as necessidades públicas a serem atendidas, seguida pela apresentação de alternativas e elaboração da política pública, surgindo, desta reflexão, a tomada de decisão materializada através da formulação da política pública.

Nesta linha de intelecção, a avaliação da política pública é o momento no qual se mensuram os resultados alcançados em contraste aos resultados pretendidos. O ato denominado monitoramento, também essencial ao sucesso da avaliação, significa o processo de obtenção de informações, e pode ser expresso através de indicadores, através da constatação da entrega de produtos/serviços, do impacto alcançado pela política em questão, dentre outras informações relevantes para verificar o sucesso da atuação estatal.

Analizando as fases do ciclo das políticas públicas, percebe-se a existência de dois grandes momentos, que devem ser diferenciados para fins de controle: são eles o momento da formulação (detecção de problema, agenda, alternativas e tomada de decisão), e de implementação (a execução propriamente dita da política pública já delineada).

As características de ambas as fases diferem, de modo que de um lado tem-se uma fase eminentemente política, consoante lição tradicional da doutrina e, de outro, uma fase administrativa propriamente dita, composta por atos administrativos em sua acepção clássica, com elementos controláveis a partir do parâmetro traçado na primeira fase.

Faz-se mister perquirir se é possível realizar o controle da eficiência da atuação pública em ambas as fases, e qual a natureza das decisões tomadas em cada uma delas. É certo que se trata de modalidades de decisão de essência distinta, que merecem ser analisadas de forma particularizada.

Assim, menor celeuma existe em torno da segunda classe de atuação mencionada, qual seja, a implementação das políticas públicas, onde a Administração Pública executa as políticas públicas já desenhadas para atender às necessidades públicas pré-selecionadas. De forma exemplificativa, trata-se da obra de construção da estrada, da contratação do número de professores definidos como necessários ao adequado funcionamento da rede pública, atos tipicamente executivos de criação da atuação estatal.

Percebe-se que, nesta fase da atuação, o princípio da eficiência é atendido: (i) pela obediência aos comandos legais que, de forma geral, já materializam os princípios

178SARAVIA, Enrique. **Introdução à teoria da política pública**. In SARAVIA, Henrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas**, vol. 1. Brasília: ENAP, 2007.

administrativos de regência (assim, as regras positivadas possuem lastro nos princípios implícitos e explícitos e buscam a proteção de determinado bem jurídico, v.g., as normas que regem as contratações públicas, que prestigiam a impessoalidade e a eficiência nas aquisições de obras, insumos e serviços), e (ii) pelo preenchimento do âmbito de discricionariedade com condutas cujo vetor sejam sempre os princípios administrativos, sendo entre eles central o princípio da eficiência.

Atende-se a eficiência também na fase de controle destas ações, seja através do controle interno, este mais amplo e incontroverso, seja por meio do controle externo técnico, exemplificado pela atuação dos Tribunais de Contas, ou do controle regular realizado pelos tribunais, administrativos ou comuns, poder responsável pelo *accountability* final da Administração em relação ao cumprimento dos princípios constitucionais. Portanto, a eficiência permeia a execução das políticas públicas do início ao fim.

Em relação ao preenchimento do âmbito de discricionariedade do agente público, em que pese o seu trato adequado no capítulo três do presente trabalho, cumpre tecer aqui algumas considerações pertinentes à análise que ora se empreende.

Conforme é cediço, o ato administrativo¹⁷⁹ consiste em “*ato jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*”¹⁸⁰. Esta declaração de vontade depende de cinco requisitos, três deles necessariamente vinculados (competência, finalidade e forma), e dois que podem guardar a possibilidade de discricionariedade administrativa: o motivo, consistente na situação de direito que autoriza a prática do ato, e o objeto, que consiste no conteúdo do ato propriamente dito.

Nesta linha de raciocínio, o mérito administrativo é o juízo de oportunidade e conveniência utilizado para preencher os requisitos discricionários do ato administrativo (distinguindo-se, portanto, discricionariedade e mérito), de modo que é justamente este juízo

179Marcelo Rebelo de Sousa destaca ainda que "o acto administrativo é uma decisão de um órgão da administração pública que, ao abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual concreta. SOUSA. Marcelo Rebelo de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo III. p. 76.

180O Conceito adotado é de Diogo Freitas do Amaral. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 200.

de oportunidade e conveniência que, conforme a doutrina majoritária, estão imunes à sindicabilidade judicial¹⁸¹ e, por consequência, do controle externo pelos órgãos técnicos.

Consignada a posição da doutrina tradicional e majoritária, cumpre-nos trazer à baila importante posicionamento doutrinário¹⁸², que ganha força na atualidade, acerca da possibilidade de certo controle do mérito administrativo¹⁸³ a partir de princípios como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Para esta corrente doutrinária, os princípios mencionados são requisitos de validade do ato administrativo, não existindo, ao gestor público, a faculdade de ser ineficiente, irrazoável ou desproporcional. Assim, o âmbito de atuação “livre” e blindada do administrador público passa a ter diâmetro menor, num contexto republicano e democrático de promoção de densidade e força dos princípios constitucionais.

Filiamo-nos a esta corrente, que não nega a existência de um espaço de escolha e manobra ao gestor público, porém condiciona estas escolhas à moldura dos princípios acima mencionados. Assim, entre duas escolhas proporcionais, razoáveis, eficientes e legítimas, pode o gestor público, de forma motivada, determinar qual melhor atende às circunstâncias do caso concreto, sem que este juízo de escolha seja sindicável pelos órgãos de controle, muito menos substituído por eles.

Em linha com o posicionamento adotado, Barcellos¹⁸⁴ menciona duas modalidades de parâmetros de controle, quais sejam, os parâmetros objetivos e os parâmetros de resultados, é dizer, o primeiro parâmetro dispõe acerca do controle formal de legalidade e o segundo aborda o atingimento de metas e resultados.

Esmiuçando a classificação supramencionada, os parâmetros objetivos seriam as normas formais que determinam o *modus operandi* do agente público, consistindo seu controle em controle de legalidade simples. Exemplo são as normas que, por exemplo, na

181CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas 2008; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, dentre outros. De forma exemplificativa, José dos Santos Carvalho Filho: “Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas 2008, p. 45.

182Zymler, B. e Almeida, G.H.R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte:Fórum, 2005.

183Pode-se falar em controle de mérito ou diminuição do âmbito do mérito administrativo, ambas as expressões significando o controle de razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e legitimidade, dentre outros.

184BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697> >. Acesso em 31 de maio de 2021.

Constituição Brasileira, determinam a aplicação de, ao menos, 25% da receita corrente líquida dos municípios em políticas de manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da Constituição Federal de 1988).

Noutro giro, os parâmetros de resultado tratam de bens jurídicos que devem ser ofertados pelo Estado, de modo que, “*envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público*”¹⁸⁵. Complementando o conceito, Achkar¹⁸⁶ alude que, para além das normas legais, ao administrador público cabe o manejo econômico, eficaz e eficiente da *res pública*, com o escopo de atingir as metas previamente traçadas.

A ideia de Barcellos atrai para o foco do controle a finalidade (em alinhamento com a atual tendência de controle por resultados de inspiração gerencial) e a eficiência da atuação pública, devendo o ato administrativo, para gozar de validade, ser legítimo, além de legal.

De forma intuitiva, a legitimidade e o resultado da ação estão intrinsecamente relacionados, já que é o atingimento do resultado que legitimará, de forma plena, a atuação pública¹⁸⁷, tanto dos agentes públicos de carreira, responsáveis pela execução das políticas públicas, quanto dos representantes eleitos. Nas Palavras de Moreira Neto¹⁸⁸, estão plenamente legitimados “*agentes e decisões, quando coincidem as escolhas democráticas subjetivas e as objetivas – dos agentes políticos e das políticas a serem perseguidas – e, na prática, quando satisfazem com plenitude à aplicação dos múltiplos controles de juridicidade à disposição da sociedade*”.

Traçadas as retromencionadas coordenadas do ato administrativo de execução das políticas públicas, cabe explorar a atuação do agente público na fase antecedente, é dizer, na formulação das políticas públicas, conforme distinção aduzida no início do presente tópico.

185 BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Disponível em: <https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%Blicas_em_m%C3%A1teria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

186ACHKAR, Azor El. **O controle externo operacional no saneamento básico**. In: Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC. Ano 1, n. 0, set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315.

187REZENDE, Nádia. **O Controle das Políticas Públicas pelo Tribunal de Contas no Brasil**. Disponível em: <<https://portal.tce.go.gov.br/documents/20181/91633/Controle%20das%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%Blicas%20pelo%20Tribunal%20de%20Contas/a4500811-fd7b-4890-91d3-f59f57088411>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

188MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Rio de Janeiro: Fórum, 2008. p. 92.

De forma geral, os atos que compõem as fases de formulação das políticas públicas (detecção das necessidades públicas, eleição das necessidades a serem atendidas, formação de agenda e escolha da alternativa a ser implementada), são compostas por atos ditos de governo que, conforme a doutrina majoritária, possuem alta carga de discricionariedade (devido à legitimidade democrática de seus agentes) e não são, em regra, controláveis pelo Poder Judiciário ou órgãos de controle¹⁸⁹¹⁹⁰.

Conforme a referência histórica, nos primórdios do princípio da separação de poderes na França, restou assentado que os atos administrativos não seriam sindicáveis pelo Poder Judiciário, de modo que esta função de controle estaria afetada a órgão próprio, representado no modelo francês pelo Conselho de Estado¹⁹¹.

Lucas Rocha Furtado¹⁹² aponta que, com a queda de Napoleão, os atos de conteúdo político restaram isentos até mesmo deste controle específico, medida adotada para preservar a existência do Conselho, ameaçada caso Luís XVIII entendesse por bem extinguir o órgão que, teoricamente, poderia controlar sua atuação. A justificativa para a blindagem foi o elevado conteúdo político dos referidos atos, que gozariam de grande discricionariedade política e cuja competência emanaria diretamente da Constituição.

Em outras palavras, os atos de governo já nasceram à margem de qualquer controle externo. Por outro lado, é patente que a formulação de políticas públicas envolve uma miríade destes atos, considerando que as normas fundacionais das políticas públicas se encontram na Constituição, em forma, muitas vezes, de normas programáticas ou sob a forma de direitos fundamentais, dependendo de atividade hermenêutica para a sua concretização.

Estes atos, por terem base normativa em dispositivos constitucionais programáticos ou direitos fundamentais, não são disciplinados por normas que determinam o seu *iter* (como ocorre com os atos de execução de políticas públicas), e que já possuem, em seus comandos, considerado o princípio da eficiência (a exemplo das normas que disciplinam as compras públicas, por exemplo, situação na qual a mera obediência ao trâmite já pressupõe nível aceitável de eficiência administrativa).

189DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 133.

190OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: limites e possibilidades**. Disponível em: < Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: limites e possibilidades.> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

191FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 201.

192FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 201

Deste modo, é imperativo que o processo de decisão que conduz à formulação das políticas públicas inclua uma análise *ex ante* do princípio da eficiência, a partir dos instrumentos indicados no capítulo 3, *inter alia*, a análise de custo e benefícios e a informação de performance.

De forma inegável, enquanto os atos administrativos tendentes à execução de políticas públicas, praticados por burocratas de carreira, buscam legitimação na atuação pautada pela obediência à Lei, aos princípios e tendente à consecução das finalidades administrativas, os atos de governo já possuem uma legitimidade “de partida”, *ab initio*, por serem praticados por agentes eleitos pelo voto popular, razão pela qual a doutrina clássica defende a sua insindicabilidade e proteção em relação ao controle judicial, o que valeria para o controle da eficiência.

Dito isto, existe na atualidade uma tímida tendência não majoritária de permitir algum nível de controle destes atos. O raciocínio subjacente a esta corrente é justamente a premissa segundo a qual o ato de governo tem o dever de materializar norma constitucional, e deve estar imbuído de atenção aos princípios multicitados da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade, para mencionar alguns dos princípios de regência da atividade administrativa.

Nesta linha de inteligência, Otto Bachof e Julius Wolff¹⁹³ apontam que a criação do Direito (aqui pensado como atos administrativos e atos de governo) se situa entre dois polos, quais sejam, da total vinculação e da total liberdade, sem, contudo, atingir nenhuma das extremidades, não havendo que se falar em “tudo ou nada” da vinculação jurídica de atos estatais.

Assim, não se pode perder de vista que a discricionariedade administrativa não constitui faculdade do gestor público, mas competência administrativa (um verdadeiro dever) de eleger, no caso concreto, a melhor opção de atuação, em relação à concretização dos ditames constitucionais. Com esse entendimento, Juarez Freitas¹⁹⁴ defende a superação do modelo de blindagem das decisões políticas que cercam as políticas públicas, já que até mesmo este juízo discricionário pressupõe motivação racional que atenda os princípios constitucionais, em especial o princípio da eficiência.

193Hans Julius Wolff e Otto Bachof. *Apud* FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e prioridades constitucionais vinculantes**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

194FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e prioridades constitucionais vinculantes**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Como bem apontado pelo mencionado autor, esta carta branca usualmente conferida aos atos de governo de formulação de políticas públicas permite que estas sejam vistas como programas governamentais (como se existisse uma “discrecionariade imperial”), de determinado partido ou governante, em detrimento da sua visão como política de estado de concretização do desenho axiológico da constituição. Nas palavras do autor:

“Em segundo lugar, erra ao tratar das políticas públicas como se tomassem parte do reino da discrecionariade imperial, de modo que cada governante eleito seria livre para formular, “ad hoc,” o rol de suas prioridades, no curso do mandato. Nada mais incompatível com o planejamento estatal e com a continuidade da vinculação dos direitos fundamentais.

Eis, então, a tríade de elementos centrais caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto: (a) são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), (b) são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, notadamente pela Administração Pública e (c) são prioridades constitucionais cogentes. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende da positivação final pelo administrador.”¹⁹⁵

Nesta senda, é corriqueiro a passagem pelo alto escalão da administração pública eleita de agentes que não produzem resultados palpáveis para a sociedade, mas têm suas contas aprovadas pelos órgãos de controle em razão do cumprimento de medidas burocráticas incapazes de transformar a realidade dos cidadãos. Sobre esta situação recorrente, pontua Élide Graziane Pinto¹⁹⁶ que “*não há discrecionariade para gastar mal*”, devendo o gestor ser responsabilizado pela atuação não tendente ao gasto orientado pela eficiência apto a concretizar as finalidades constitucionais.

De acordo com a mencionada autora, membro do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, no Brasil, o processo de execução de políticas públicas depende,

195FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e prioridades constitucionais vinculantes.** Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

196PINTO, Élide Graziane. **Inafastabilidade do Controle de Políticas Públicas pelo MP.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/contas-vista-inafastabilidade-controle-politicas-publicas-mp>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

primordialmente, do eixo inicial materializado pelo desenho eficiente da política executada, de modo que se deve fincar a origem do debate sobre a inefetividade crônica dos direitos fundamentais no planejamento ineficaz e ineficiente.

Para solucionar o problema apontado acima, Lairton Oliveira¹⁹⁷ destaca a necessidade de revisão dos institutos de Direito Administrativo que, para o autor, restam impregnados de concepções pessoais de poder, fruto da falta de incorporação, pelo Direito Administrativo, de noções constitucionais fundamentais. A solução ofertada pelo autor seria um novo princípio basilar do direito administrativo, cognominado “princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais”, face administrativa do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade das normas da constituição.

Cumprê destacar que, em que pese o conhecimento da doutrina que defende o fim da blindagem absoluta dos atos de governo, o controle externo do mérito administrativo (político ou não) deve ser realizado com cautela.

Assim, não pode o órgão de controle, a pretexto de controlar a legitimidade do ato administrativo, substituir a decisão administrativa pela decisão judicial, panorama que viola o sistema de freios e contrapesos, ao substituir a decisão política, cujo autor fora eleito pelas vias democráticas, pela atuação de Poder não legitimado para tanto¹⁹⁸, carente do preparo técnico que teoricamente abunda na Administração Pública.

Ana Paula de Barcellos¹⁹⁹ realiza importante compilação de críticas ao controle das políticas públicas, classificando as objeções em três grupos. O primeiro grupo diz respeito à objeção associada à teoria da constituição, de acordo com a qual decisões como “em que gastar”, “quanto gastar” e “como gastar” são decisões da esfera política democrática de viés majoritário, não do Poder Judiciário.

Dando sequência, o segundo grupo de objeções aventa que não há justificativa para supor que a decisão realizada pelo magistrado será melhor ou superior do que aquela

197 OLIVEIRA, Lairton Ribeiro de. **A eficácia social das políticas públicas fundamentais: um desafio principiológico da boa administração pública.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/viewFile/17697/4571>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

198 BARREIRO, Guilherme Scodele de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. **Inserindo a judicialização no ciclo das políticas públicas.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

199 BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Disponível em: <https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

encontrada pelos agentes públicos designados para este múnus. Por fim, o terceiro grupo de objeções diz respeito ao microcosmos vivido pelo magistrado no controle de políticas públicas, já que em demandas vertidas junto ao Poder Judiciário analisa-se, em regra, casos concretos, ao passo que a decisão administrativa leva em consideração a situação em seu aspecto macro, além de contar, o administrador público, com informação qualificada de performance.

Quanto ao último aspecto, a crítica está adstrita aos casos de judicialização individual de políticas públicas, e não atinge a análise global das mencionadas políticas realizada pelos órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas. Em relação às duas primeiras objeções, Ana Paula de Barcellos²⁰⁰ sustenta a sua mitigação sempre que os direitos a serem concretizados pela política pública em análise sejam condição prévia para o funcionamento adequado do sistema democrático, propondo a autora um rol de 5 elementos das políticas públicas que podem sofrer controle jurisdicional, dentre eles figurando o princípio da eficiência.

Na mesma linha de entendimento segue Gustavo Binenbojm²⁰¹, ao sugerir a vinculação entre a atuação administrativa discricionária e os princípios fundamentais, superando a dicotomia discricionariedade e vinculatividade, passando para o paradigma dos diferentes graus de vinculação, considerando que, na atualidade, a atividade administrativa vincula-se à juridicidade como um todo, e não apenas à norma positivada.

De mais a mais, entende-se que em vez de representar expressão do sistema de freios e contrapesos, o estabelecimento de poder discricionário não sujeito a nenhum tipo de controle desequilibra este sistema, cabendo ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a análise dos atos administrativos, sem, contudo, imiscuir-se na relevante função em lume, privativa do administrador público.

A eficiência é dever de todos os agentes públicos, não existindo, conforme as já mencionadas palavras de Élide Graziane Pinto, liberdade administrativa para que se despendam recursos públicos de forma ineficiente.

200BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Disponível em: <https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

201BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 205/238.

Capítulo 2: Controle financeiro da gestão pública

Por controle pode-se conceber a expectativa e possibilidade de avaliação e correção de ações ou práticas. Nesta linha de intelecção, no presente capítulo será analisado o controle financeiro, em especial, o controle financeiro da eficiência jurídica da implementação de políticas públicas.

Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 restou assentado, em seu artigo 15, que o povo tem a prerrogativa de demandar prestação de contas de todo aquele que participe da administração pública²⁰², registro de positivação incipiente da noção de povo como destinatário da atuação pública e personagem legítimo para questionar o manejo da *res pública*.

Conforme a lição de Sousa Franco²⁰³, controlar “*designa originariamente um segundo registro ou verificação, organizado para verificar o primeiro, ou o conjunto das ações destinadas a confrontar uma ação principal (controlada) com os seus objetivos ou metas e com os princípios ou regras a que deve obedecer*”. E acrescenta “*controlar consiste na verificação crítica de conformidade ou desconformidade a certo padrão e na avaliação das respetivas causas e consequências, com eventual revisão ou ajustamento dos programas ou dos objetivos da ação controlada*”²⁰⁴.

João Ricardo Catarino²⁰⁵ traz-nos a ideia de que o controle da despesa pública encontra-se no “*âmago do debate político e das preocupações dos Estados, com relevo para o sistema de controle interno, os resultados das auditorias e bem assim o funcionamento do sistema de procedimentos de controlo interno das operações de execução do orçamento*”. O controle “*justifica-se por razões económicas do maior relevo, pois do que se trata é garantir uma eficiente utilização dos dinheiros públicos. É o que se designa de controlo por motivações ou fundamentos económicos*”²⁰⁶.

202“a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente publico de sua administração”.

203FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 452.

204FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 452.

205CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 305.

206CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 306.

Dentre as categorias de controle da coisa pública, a mais ampla é aquela que distingue o controle político e o controle administrativo²⁰⁷. A este respeito, após analisar a separação de poderes no Estado Português, Erika da Moeda Lopes²⁰⁸ assevera que “*a separação de poderes é importante na segurança dos patrimónios públicos e na utilização dos recursos públicos direcionados para o bem-estar económico e social dos cidadãos. Para além disso, a independência dos poderes é imprescindível, na medida em que um poder controla outro poder para um melhor desempenho, subsidiando-se entre si e corrigindo-se mutuamente*”.

Assim, o controle político é representado pelo princípio da Separação dos Poderes. Este sistema funciona pela engrenagem chamada “*checks and balances*” e consiste em que o entrelaçamento entre os poderes constituídos cria um sistema de freios e contrapesos, através do qual as referidas forças se limitam mutuamente. Além do sistema de freios e contrapesos, o controle político é representado pelas eleições periódicas e instrumentos que permitem a interação entre o povo e os mandatários do poder.

De outro giro, o controle administrativo tem feição pragmática e caráter concreto, já que visa fiscalizar e corrigir os desvios da função administrativa, exercida por todos os Poderes. Logo, preocupa-se com o bom funcionamento da máquina pública, que tem como finalidade última a dignidade da pessoa humana.

Conforme é cediço, o alicerce fundacional do controle da Administração pública é o Estado de Direito²⁰⁹, paradigmam do qual decorrem a separação dos poderes e as limitações ao exercício do poder, atrelando-se, diretamente, às funções principais das Constituições no constitucionalismo moderno²¹⁰. Tal premissa está de acordo com o pensamento de Montesquieu²¹¹, pelo qual os seres humanos são naturalmente corrompidos pelo poder e tendem a abusar dele, necessitando, portanto, de limites ao seu exercício, como forma de evitar excessos indesejados.

207 CHADID, Ronaldo. **Os Tribunais de Contas e a eficiência das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

208 LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**. Lisboa: ISCTE-IUL, 2017. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/15328>](http://hdl.handle.net/10071/15328), p. 10.

209 MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patricia. **Gestão Pública: Abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 221.

210 Este último como técnica de limitação do poder.

211 **Do Espírito das Leis**. Genève: Barrillot, 1750.

Erika da Moeda Lopes²¹² assevera que “o controlo tem a natureza de fiscalização e de correção sobre a função administrativa, onde os poderes exercem internamente segundo os termos da Constituição. Deste modo, a conformidade da atuação administrativa é assegurada pelo controlo dos princípios determinados pelo ordenamento jurídico posto à disposição dos órgãos encarregados da função administrativa. No sentido amplo, o controlo financeiro abrange toda a atividade dos órgãos do Estado e os seus respetivos recursos financeiros”.

João Ricardo Catarino²¹³ realiza importante distinção entre o controle financeiro, amplo, que envolve a análise da atividade estatal ante o manejo dos gastos públicos, e o controle orçamental, estrito, que coteja os gastos e despesas realizadas e o Orçamento Público.

Ambas as modalidades teriam como escopo²¹⁴: (i) realizar o controle da legalidade e regularidade da atividade administrativo do ponto de vista financeiro; (ii) promover maior sustentabilidade do sistema através da análise dos meios empreendidos para a produção de bens e serviços públicos, (iii) realizar o controle da eficiência e (iv) viabilizar o controle da eficácia da atuação pública.

Assim, o “controlo financeiro avalia a legalidade específica e a regularidade contabilística, analisando, de igual modo, se as receitas foram cobradas de acordo com o Orçamento e se as despesas foram devidamente executadas”²¹⁵, além de analisar a integridade dos valores públicos e a fidelidade dos gestores e correspondentes relações de confiança e responsabilidade²¹⁶.

A crescente atividade estatal (tanto quantitativa quanto qualitativamente e em termos de incremento de complexidade) resulta na necessidade de novas e diversas formas de

212LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**. Lisboa: ISCTE-IUL, 2017. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/15328>](http://hdl.handle.net/10071/15328), p. 17.

213CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 303.

214CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 304.

215LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**. Lisboa: ISCTE-IUL, 2017. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/15328>](http://hdl.handle.net/10071/15328), p. 18.

216FRANCO, António de Sousa (1995), **Dinheiros públicos, Julgamento de Contas e Controlo financeiro**, Lisboa, Tribunal de Contas, apud LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**. Lisboa: ISCTE-IUL, 2017. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/15328>](http://hdl.handle.net/10071/15328), p. 18.

controle. Na expressão feliz de Rogério Soares²¹⁷, o estado intervencionista assumiu-se como “*garantia contra a injustiça do destino, tornando-se produtor de bens e prestador de serviços, o que, justificadamente, lhe valeu o epíteto de ‘estado providência’ ou estado de bem estar (welfare state). A nova administração de prestação vai sobressaindo a par da tradicional administração de autoridade*”.

Soma-se a isto a evolução das democracias ocidentais, que, à medida que se tornam mais robustas, exigem melhor desempenho da administração pública²¹⁸, gestão transparente e eficiente, com especial atenção para novos conceitos típicos do exercício responsável da gestão, *inter alia*, a noção de *accountability*.

Nesta linha, João Ricardo Catarino destaca que “*a responsabilidade financeira dos agentes públicos conhece hoje um sentido alargado e complexo. Não sendo novo, ele evoluiu em direção ao que os anglo-saxônicos designam de accountability e responsiveness*”²¹⁹. O autor nos elucida que “*as expressões significam que os decisores financeiros têm o dever dar a melhor resposta e de prestar boas contas pela forma como administram esses dinheiros e ativos, pois eles são responsáveis perante os cidadãos, em nome de quem exercem o respetivo mandato representativo. Há, assim, um duplo sentido compreendido naquelas expressões: um sentido técnico consubstanciado no dever jurídico-contabilístico de prestação de contas e um sentido mais geral de bem agir na prestação de contas aos cidadãos que os elegeram*”²²⁰.

Nestes termos, a doutrina moderna constatou, especialmente no tocante à qualidade e eficiência das políticas e serviços públicos, que os controles tradicionais da administração pública, materializados pela mera conformidade com o texto legal, não são suficientes. É nesta linha a afirmação de Marcello Caetano: “*Chamamos serviço público ao modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida*”²²¹.

217ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 31.

218SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. **Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira**. Disponível em: <https://www.academia.edu/15009119/Controle_Financeiro_Público_e_Responsabilidade_Financeira>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

219CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 5ª ed., p. 317.

220CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 5ª ed., pp. 317-318.

221CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. 2. p. 1067.

Na atualidade, busca-se verificar o atingimento das finalidades públicas e o atendimento das necessidades da população, através de instrumentos complexos e novos, aliados ao controle tradicional da administração pública. Neste novo cenário, a transparência possui papel de destaque já que inibe as ações dispendiosas ou sem afetação estritamente pública, além de transformar o cidadão em agente de fiscalização da gestão pública.

Nesta mesma linha, a coleta e organização de informação sobre a performance é essencial para promover uma ação pública organizada e responsável, tendente a extrair o melhor resultado de suas ações. Surgem, neste novo cenário, figuras como o *performance budget*, a auditoria operacional, a auditoria forense, o orçamento participativo, a *accountability* das figuras públicas e as diversas métricas sociais que funcionam como um honesto espelho das políticas públicas desenhadas pelo Estado.

Nesta ótica plural, a doutrina propõe diversas formas de classificação do fenômeno do controle, de modo que o mesmo pode ser ponderado, primeiramente, a partir de uma análise subjetiva, é dizer, de quem o exerce. Neste cenário é possível identificar²²²: (i) controle interno ou administrativo, (ii) o controle judicial, o (iii) controle parlamentar (representativo do mencionado controle político), o (iv) controle exercido pelos Tribunais de Contas ou outros agentes especializados e, (v) o controle social.

João Ricardo Catarino²²³ estabelece distinção entre controlo administrativo, jurisdicional e político, assim definindo-os: “a) *controlo administrativo, que pode ser interno quando é levado a efeito pelo próprio serviço que realiza a despesa (auto controlo), através de sua própria estrutura, sem prejuízo de poder tutelar do Governo, ou independente, pelos serviços de orçamento e de contabilidade pública, como ainda pelas entidades hierarquicamente superiores e externo quando realizado pelos serviços gerais de inspecção e controlo, em regra existentes em cada Ministério e pela própria IGF - Inspeção Geral de Finanças. (...) b) controlo jurisdicional, que compete em especial ao Tribunal de Contas de Portugal nos termos da sua lei orgânica (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto), abrangendo os atos de execução do Orçamento do Estado. (...) c) controlo político, exercido pela Assembleia da República no âmbito das suas funções de fiscalização (art. 162, CRP e art 59 da LEO). O controlo político assume uma dupla vertente: a de controlo de execução do Orçamento do Estado e a de efetivação das responsabilidades políticas dos órgãos do poder político que nele intervêm”.*

222FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 884.

223CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 5ª ed., p. 306.

Conforme a lição de Sousa Franco²²⁴, o controle pode ser interno, que “*representa a resposta técnica às necessidades da gestão e dos gestores públicos, servindo a gestão financeira pública e os gestores públicos e em última instância o Governo, que é o controlado*”, ou pode ser externo, que se “*consubstancia uma função autónoma do Estado moderno democrático, não só pela total independência e autonomia que revela face à gestão financeira pública, mas também em relação aos demais órgãos de soberania do Estado*”, ou seja, corresponde ao executado pelo Tribunal de Contas (controlo jurisdicional).

Atente-se para o fato de que a divisão do controle administrativo em “interno” e “externo” se dá sob a ótica subjetiva²²⁵, assim, o controle interno é sempre realizado pela mesma unidade administrativa do ente praticante (e.g., o controle hierárquico, a corregedoria), ao passo que, a *contrario sensu*, o controle externo é realizado por ente diverso daquele que realiza o ato (por exemplo, o Poder Judiciário ou a Corte de Contas).

Carlos Moreno²²⁶ afirma que o controle financeiro externo “*organiza-se e funciona fora de qualquer plano ou nível da gestão financeira do Setor Público, exercendo poderes sobre ela e sendo independente de todos os órgãos gestores do Estado, em particular, o Governo, que é o controlado*” e “*representa o resultado lógico e necessário do facto de que a gestão financeira pública tem por objetivo a obtenção de recursos escassos*”²²⁷.

É possível utilizar como critério o parâmetro a ser controlado, podendo-se mencionar o controle de legitimidade (no qual se insere o controle de legalidade e o de eficiência) e o controle de mérito, usualmente fora do espectro do controle externo da Administração Pública.

Pode-se classificar ainda o controle da ação pública utilizando o critério do momento de sua atuação²²⁸, é dizer, o controle pode ser prévio (realizado antes da prática do ato com o escopo de verificar se estão presentes os requisitos para a sua realização), concomitante ou sucessivo (o controle é exercido à medida que o *iter* da atividade se desenrola) ou posterior (no qual o ato é analisado após a sua execução integral).

João Ricardo Catarino²²⁹ informa que o controle orçamental pode ser realizado em momentos distintos no tempo, adotando trilogia de controlo prévio, controle concomitante e

224FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 455.

225FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 861.

226MORENO, Carlos. **Finanças Públicas: Gestão, Controlo e Auditoria dos Dinheiros Públicos**. 3ª Edição. 2006, Universidade Autónoma de Lisboa, p. 39.

227MORENO, Carlos. **Finanças Públicas: Gestão, Controlo e Auditoria dos Dinheiros Públicos**. 3ª Edição. 2006, Universidade Autónoma de Lisboa, p. 40

228FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 886.

controle sucessivo. O controle prévio é centrado na estrita legalidade e cabimento orçamental; o controle concomitante realiza-se através de “*auditorias aos procedimentos que impliquem a disposição de dinheiros públicos*” e, por fim, o controle sucessivo é aquele que o Tribunal de Contas “*verifica as contas das entidades (...), avalia os respectivos sistemas de controlo interno, aprecia a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegura a fiscalização da comparticipação nacional dos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia*”.

Erika da Moeda Lopes²³⁰ lista como poderes indispensáveis para o exercício da função do Tribunal de Contas: poderes de fiscalização prévia, concomitante e sucessiva ou a *posteriori*, indicando como fonte legislativa, em Portugal, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) - Lei nº 98/97, respectivamente o nº 1 do art. 44º; alíneas “a” e “b” do art. 48º e nº 1 do art. 50º.

É fato que, em grande parte dos sistemas atualmente em vigor, observa-se grande volume de procedimentos em andamento no Poder Judiciário e nos órgãos especializados do controle externo, a partir de uma análise posterior de atos de gestão da coisa pública. Lucas Rocha Furtado²³¹ atribui esta situação à falta ou deficiência dos controles prévio e concomitante.

Nesta linha, Cidalina Leonor Fernandes²³² registra que o controle prévio realizado pelo Tribunal de Contas português não substitui ou torna desnecessária a implantação de sistema de controle interno ou de mecanismos de controle interno no âmbito da Administração Pública.

Conforme ressaltado pela referida autora, “*o CI [Controlo Interno] é indissociável do sistema de gestão e, conseqüentemente, o controlo externo exercido pelo Tribunal de Contas deve incidir também sobre o SCI [Sistema de Controlo Interno], nomeadamente sobre a sua adequabilidade e fiabilidade. A verdade é que os mecanismos de CI constituem não só um*

229CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 309.

230LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**. Lisboa: ISCTE-IUL, 2017. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/15328>](http://hdl.handle.net/10071/15328), p. 37.

231FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 886.

232FERNANDES, Cidalina Leonor. **O sistema de controlo interno nos municípios portugueses: o caso da câmara municipal de ansião**. Relatório de estágio apresentado no curso de mestrado em economia da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, setembro de 2010. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14614/1/Relat%C3%B3rio%20de%20Est%C3%A1gio%20-%20Cidalina%20Fernandes.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2021, pp.10-13.

instrumento fundamental para a concretização de uma gestão económica, eficaz e eficiente, como permitem ao Tribunal de Contas, através da recolha de informação económico-financeira, acompanhar mais facilmente as entidades sujeitas ao seu controlo e detectar a existência de irregularidades, abusos e fraude”.

Deve-se mencionar ainda a possibilidade de debilidade do controle interno de cada órgão, estrutura de atuação mais adequada a oferecer resposta a atos irregulares de gestão, sendo o centro mais próximo da atuação dos agentes públicos e aquele que pode interferir na sua prática antes de perpetrado o ato, interrompendo a dinâmica de ineficiência, irregularidade ou mesmo malversação.

Neste ponto cabe destacar a importância dos instrumentos de controle prévio e concomitante, considerando a sua capacidade, em tese, de preservar a higidez da coisa pública, pois a atuação posterior do controle de atos públicos muitas vezes não possui o condão de restituir a situação ao *status quo ante*, e termina por solucionar situações de má gestão através de penalidades, sem que haja a adequada reparação da *res* pública.

Assim, na qualidade de “primeiro nível de controle”²³³, o controle administrativo ou interno deveria, idealmente, ser o mais efetivo e atento, tornando subsidiária e escassa a atuação corretiva dos demais níveis de exame *supra* mencionados.

De mais a mais, a possibilidade de controle dos atos estatais (todos eles), por setores internos de cada órgão ou por meio do controle externo parlamentar ou jurídico, é ínsita ao poder-dever de administrar a coisa pública e é um corolário da noção de república e do Estado Democrático de Direito.

Sem razão de ser, portanto, a revolta e, muitas vezes, o sentimento de ofensa de certos servidores públicos ao serem indagados acerca do procedimento realizado, já que o exercício de prerrogativas públicas despidas de controles possui afinidades com modelos de Estados despóticos, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Esta herança de mentalidade oriunda de modelos de Estado onde impera a dinâmica de uma elite dominante e um governante todo poderoso permeia a administração pública hodierna em seus diversos aspectos²³⁴, de modo que pode ser identificada naqueles integrantes que se identificam mais com o adjetivo “autoridade” do que com a noção de “servidor

233FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 902.

234BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

público”, e deve ser sistematicamente apagada da cultura administrativa. Somente assim, por meio de uma nova cultura administrativa, terão o devido reflexo os princípios do constitucionalismo moderno, elevando o amplo controle e fiscalização da administração pública a fase obrigatória do manejo da coisa pública.

2.1. Classificação do Controle externo da atividade administrativa: Controle Político x Controle técnico Financeiro x Controle comum judicial

Ao abordar o tema do Controle Externo, é possível vislumbrar o controle externo realizado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário (ou ainda por estruturas independentes). Se o controle judicial é naturalmente o controle realizado pelo Poder Judiciário e o controle político é sempre realizado pelo Poder Legislativo, a topologia do controle financeiro varia conforme o Ordenamento Jurídico, podendo este ser encontrado no seio do Poder Legislativo (como ocorre no Brasil, por exemplo), ou encontrar-se na intimidade do Poder Judiciário (caso do controle financeiro em Portugal).

O controle político consiste na engrenagem do sistema de freios e contrapesos no qual o Poder Legislativo controla a atuação dos outros poderes, em especial o Poder Executivo. Assim, exemplo deste controle é o artigo 156, “d”, da Constituição Portuguesa que estabelece que “*constituem poderes dos deputados: (...) d-Fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer atos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado;*”.

Nas palavras de Rute Alexandra de Carvalho Frazão Serra²³⁵ “*num Estado de Direito democrático as ISC garantem uma efetiva democracia financeira*”, concluindo que se tornam instrumento de eficiência e eficácia das organizações públicas.

O controle financeiro, designado especificamente para verificar a regularidade das contas públicas, pela sua vocação para o controle do manejo da coisa pública e, por consequência, o controle do princípio da eficiência administrativa, será analisado nos próximos tópicos de forma detida.

Por fim, a atividade administrativa pode ser controlada pelo Poder Judiciário, como decorrência natural do princípio da legalidade e conforme os limites da jurisdição traçados em cada Estado. Tipicamente de natureza posterior ao ato controlado, o controle judicial analisa a

235SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. Controlo Financeiro Público e Responsabilidades Financeira. Data vénia Revista Jurídica Digital. Nº 5, (150-255), p. 165.
Data vénia Revista Jurídica Digital. Nº 5, (150-255).

atuação pública dos três poderes com o escopo de corrigir atos ilegais que atinjam o patrimônio público ou os direitos individuais²³⁶.

Em geral, compete ao Poder Judiciário a guarda da Constituição (como ocorre no Brasil com o Supremo Tribunal Federal e em Portugal, pelo Tribunal Constitucional²³⁷). Assim, cabe ao Poder Judiciário a vigilância dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, incluindo o princípio da eficiência.

Historicamente, o Poder Judiciário, em sua atuação de controle, tende a respeitar o mérito do ato administrativo e a reserva da administração, entendida esta como: *“Uma reserva de tal tipo que no puede tener outro fundamento que no se ala idea de la existência dentro de cada poder de um ámbito nuclear, idea ésta inherente a la teoría de la división de poderes. Según ésta, a ningún poder le está permitido penetrar en los ámbitos centrales de conformación de outro poder”*²³⁸.

Porém, existe a crescente tendência de sindicabilidade judicial de aspectos da atuação discricionária, a exemplo do multicitado princípio da eficiência, de modo que, atualmente, o tema dos limites ao ativismo judicial na seara das políticas públicas é tema candente, pro vez materializado pela oposição entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Embora tradicionalmente o Poder Judiciário atue de forma tímida no controle da eficiência da atuação administrativa (conforme será demonstrado no capítulo 5), entende-se que tal controle decorre da adoção do regime republicano, considerando que, a administração da *res* pública cria relação de mandato da qual decorre o dever de administração adequada e eficiente (vide capítulo 4.3).

As etapas empreendidas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário serão esmiuçadas no tópico 2.3, porém cabe consignar, no momento, a característica que diferencia o controle judicial comum do controle técnico financeiro, qual seja, a natureza individual e/ou casuística da análise judicial propriamente dita.

236ESTEVES, Luz do Ceu Cerca. **Controle de qualidade na administração pública**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17987/1/Relatório%2030%20Out.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

237Artigo nº 223 da Constituição da República Portuguesa.

238SCHMIDT-ASSMANN. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Traducción de mariano bacigalupo *et al.* Madrid: Instituto Nacional de administración pública, 2003. p. 217/218.

Em outras palavras, ao Poder Judiciário é dada a possibilidade de controle do princípio da eficiência a partir de uma lide concreta, vertida perante o Poder Judiciário por uma parte interessada, de modo que analisará sempre os aspectos atinentes ao caso vertido nos autos.

Considerando a natureza casuística da atuação dos Tribunais em geral em oposição à análise técnica e ampla realizada pelo controle externo financeiro, entende-se que este último constitui a instância mais adequada para a análise da eficiência da atuação pública, razão pela qual, considerando o escopo do presente trabalho, passa-se a analisar de forma detida os modelos de controle externo financeiro da administração.

2.2. Modelos de controle externo: continental e saxônico

Dentre as modalidades de controle da atuação administrativa supra referenciadas, o controle externo financeiro é aquele com especialização suficiente para analisar a realização do gasto público, sob seus múltiplos aspectos, podendo, nos diversos países, materializar-se através de formas distintas²³⁹. Por esta razão, passa-se a analisar a sua disposição e alcance nos diferentes Ordenamentos Jurídicos.

O sistema de controle externo financeiro dos atos de gestão pública possui, basicamente, três objetivos principais. O primeiro e mais óbvio deles é a análise acerca do manejo adequado e eficiente dos recursos públicos, seguido da execução esmerada da atividade administrativa. Além destes é de extrema relevância a coleta de informações a serem fornecidas ao corpo social e às autoridades públicas através de relatórios e outros instrumentos particulares de cada órgão de controle.

Segundo Moreno, o controle financeiro público moderno em perspectiva técnica “*é considerado como um conjunto de atividades destinadas, à verificação da fidelidade e da exatidão das contas e dos estados financeiros, bem como da legalidade e da regularidade das operações subjacentes a tais contas*”²⁴⁰, cujo principal objetivo é apreciar a eficácia, a economia e a eficiência para fim de garantir a boa gestão financeira.

Em que pese a usual unicidade de escopos, os sistemas de controle externo são arquitetados de forma diferente nos diversos países analisados pela doutrina abalizada, de

239SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

240 MORENO, Carlos. **Finanças Públicas: Gestão, Controlo e Auditoria dos Dinheiros Públicos**. 3ª Edição. 2006, Universidade Autónoma de Lisboa, p. 38.

modo que beira a impossibilidade a detecção de dois Ordenamentos Jurídicos que utilizem modelos rigorosamente idênticos²⁴¹.

Nesta senda, em determinados modelos de controle externo, o órgão de controle possui apenas o dever de fiscalizar os atos administrativos e o dispêndio dos recursos públicos, tendo como função precípua a produção de informes e relatórios destinados ao Poder Legislativo e outros órgãos de controle, a exemplo do Ministério Público. Por outro lado, existem sistemas que conferem aos órgãos de controle poder de revisão e correção das irregularidades identificadas, além da aplicação de sanções²⁴².

De forma análoga, percebe-se grande variação subjetiva nos modelos de controle externo, de modo que existem modelos formados por órgãos colegiados (a exemplo do Tribunal de Contas) e outros modelos que contam com órgão singular ao qual se atribui a relevante função em lume a um indivíduo específico (v.g., o *general comptroller* do sistema inglês).

Assim, a única constante identificada nos diversos modelos de controle externo é a predominância de um órgão com atribuições técnicas vinculado ao Poder Legislativo²⁴³. Nesta linha, têm-se as lições de Sousa Franco e Catarino²⁴⁴, para quem o responsável pela sua execução pode fazer um controle administrativo (Direção Geral do Orçamento), jurisdicional (Tribunal de Contas) ou político (Assembleia da República).

Conforme será demonstrado, não é possível aludir a um modelo ideal de controle externo, considerando a adequação ao sistema político-jurídico de cada país²⁴⁵, bem como outras variáveis, como o índice de corrupção de determinada nação e a participação popular na fiscalização da coisa pública. Não pretende este trabalho, portanto, apontar qual dos sistemas é superior, mas identificar quais elementos são favoráveis ao controle adequado da eficiência das decisões da administração pública.

Nesta linha, em que pese grande parte da doutrina aludir a dois (ou três) modelos de controle externo da administração pública (o continental e o saxônico), deve-se mencionar a minuciosa classificação de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, que aponta cinco modelos de

241FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 887.

242FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 887.

243FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 887.

244MIRANDA, Jossilene Margareth Almeida. **O controle externo das finanças públicas exercido pelo tribunal de contas de Cabo Verde**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2019. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373>](https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373), p. 20.

245MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

controle externo²⁴⁶, quais sejam, o latino, o germânico, o anglo-saxão, o latino-americano e o escandinavo.

Para esta peculiar classificação²⁴⁷, o modelo anglo-saxônico compõe-se do órgão monocrático (o controlador geral), ao passo que o modelo latino caracteriza-se por um órgão colegiado de controle de legitimidade ao qual são conferidas feições e funções jurisdicionais. *“Sumariamente, o sistema anglo-saxónico caracteriza-se, no quadro das fontes de direito, pelo importante papel do costume e, mercê da regra do precedente, da jurisprudência, bem como pela consequente relativização da lei; a sociedade civil afirma o seu controlo sobre o poder político da Estado e o respeito generalizado do direito está radicado na cultura cívica.”*²⁴⁸.

Por sua vez, o modelo germânico seria encontrado na Alemanha e na Áustria e manifesta-se através de um órgão colegiado à semelhança dos tribunais de contas com atribuições de controle e consultoria.

Na sequência, no modelo escandinavo, típico de países daquela região, o controle externo é exercido por uma série de órgãos, dentre eles, os revisores parlamentares, o escritório de revisão e, em países como a Suécia, o *ombudsman*, eleito para supervisionar a aplicação da lei pelos agentes públicos. Por fim, na América Latina destaca-se o modelo latino-americano no qual o controle pode ser exercido por tribunais de contas ou controladorias gerais.

A referida classificação, por seu cunho eminentemente geográfico, não será adotada no presente trabalho. O presente estudo adota como classificação estruturante dos métodos de controle externo a classificação tripartite, que divide o controle externo em: (i) Anglo-saxão, (ii) Conselho de Auditoria e (iii) modelo Continental, ou de Tribunais de Contas.

Além dos modelos elencados pela doutrina, existem duas outras situações possíveis acerca do controle externo da gestão pública, consistente na simples inexistência de uma instituição de controle externo da administração pública, ou, diversamente, na existência de uma instituição que combine características de diversos modelos, sendo impossível classificá-la em uma das categorias doutrinariamente gizadas.

Desnecessário mencionar que a inexistência de controle externo financeiro da administração pública pertence a um contexto não democrático, em um regime de

246Eduardo Lobo Botelho Gualazzi *apud* FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 887.

247ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2013. p. 168

248SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 113.

centralização do poder no âmbito do Poder Executivo. Por outro lado, a mistura de elementos de diferentes modelos existe, por exemplo, em certos países ditos em desenvolvimento²⁴⁹, por razões históricas, e pode acarretar ineficácia devido às incompatibilidades dos diferentes aspectos dos modelos conjuntamente adotados.

2.2.1. O modelo Anglo-saxão de Controle Externo (também conhecido como modelo de Westminster ou modelo Parlamentarista)

O modelo anglo-saxão de controle externo é também conhecido como o sistema de Auditor-Geral, e sua feição principal é a convergência do Poder e de prerrogativas no servidor público que personifica o referido personagem que, em muitos países, cumula a função de *comptroller*²⁵⁰, com um mandato fixo.

A função de controlador (*comptroller*) é, conforme indica o nome, controlar as despesas antes que ocorram, de modo que ele deve autorizar as requisições do Ministro das Finanças. Contudo, antes de autorizá-las, ele deve certificar-se de que as despesas estão inseridas nos limites financeiros aprovados pelo Parlamento e que o objetivo das despesas encontra respaldo legal²⁵¹.

Logo, se por um lado o Auditor-Geral possui largo leque de prerrogativas e concentra grande poder em seu âmbito de atuação, por outro, a sua responsabilidade é primordialmente individual. Em muitos países nos quais este modelo é adotado, o Auditor Geral possui prerrogativas relevantes, *inter alia*, a de recrutamento livre de pessoal e conferência de grande liberdade para definir os caminhos das auditorias realizadas²⁵².

Em que pese a referida autonomia, em muitos sistemas jurídicos o referido ator é um funcionário regimental do Poder Legislativo, e suas funções são desempenhadas de forma articulada com as casas parlamentares, em especial, com as comissões de finanças ou de contas públicas²⁵³.

249 **Characteristics of different external audit systems.** Disponível em: < http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

250 MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina.** Disponível em: < <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

251 **Characteristics of different external audit systems.** Disponível em: < http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

252 MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina.** Disponível em: < <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

253 STAPENHURST, R; TITSWORTH, J. **Features and Functions os supreme audit Institutions.** World Bank. Disponível em: < <http://www1.worldbank.org/prem/PREMNotes/premnote59.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

Sua atividade consiste basicamente na elaboração de relatório e opinativos de natureza eminentemente financeira²⁵⁴ acerca das contas públicas. Estes documentos dirigem-se ao Parlamento, e possuem o condão de proporcionar lastro para a deliberação acerca das Contas Públicas pelas casas legislativas. Conclui-se, portanto, que a atividade do Auditor Geral não possui viés judicial ou judicante.

O Auditor-Geral “*está desprovido de poderes jurisdicionais, exercitando o mero controlo financeiro, através de relatórios ou pareceres, dirigidos aos responsáveis ou tornado públicos, apontando as deficiências verificadas em determinadas ações de inspeção ou auditoria e as recomendações formuladas para a melhoria da regularidade ou da correção operacional no futuro*”²⁵⁵.

Nesta linha de intelecção, o controle em lume tem carácter eminentemente opinativo ou de teor consultivo, sem características jurisdicionais ou poder de coerção na implementação dos documentos exarados²⁵⁶, cujas manifestações adotam “*a forma de pareceres ou recomendações e são subscritas de forma monocrática ou singular pelo Auditor ou Controlador-Geral, nomeado pelo Parlamento, para um mandato previamente fixado*”²⁵⁷.

No modelo em lume existe a necessidade de autorização de despesas pelo Parlamento, além da produção de contas anuais por todos os departamentos governamentais e órgãos públicos, que devem ser então auditados pelo Auditor Geral e sua equipe. Na sequência, o Auditor Geral envia os relatórios produzidos ao Parlamento, mais especificamente a uma de suas comissões, usualmente denominada Comissão de Contas Públicas que, por sua vez, emite recomendações e relatórios, que devem ser respondidos pelo Governo²⁵⁸.

O sistema de *accountability* anglo-saxão usualmente possui grande foco em auditorias financeiras e no conceito de “*value for money*”²⁵⁹ ao analisar a maneira como os entes

254O perfil profissional de seus membros é predominantemente caracterizado pela presença quase exclusiva de auditores e controladores.

255MIRANDA, Jossilene Margareth Almeida. **O controlo externo das finanças públicas exercido pelo tribunal de contas de Cabo Verde**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2019. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373>](https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373), p. 22.

256LIMA, Luís Henrique. **Controle Externo**. 6ª Edição. Belo Horizonte: Ed método, 2015. p. 12.

257MIRANDA, Jossilene Margareth Almeida. **O controlo externo das finanças públicas exercido pelo tribunal de contas de Cabo Verde**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2019. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373>](https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373), p. 22.

258**Characteristics of different external audit systems**. Disponível em: http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

259O conceito de *Value for Money* traduz a utilidade resultante de determinado valor despendido. Baseia-se não apenas no menor preço de compra, mas também na maior eficiência e efetividade possível da compra.

auditados despenderam os recursos recebidos, e menor ênfase na conformidade com a legislação pertinente. Assim, os assuntos relacionados à legalidade (por exemplo, se o objeto do gasto possui correspondência com os objetivos traçados pelo Parlamento) e à regularidade procedimental são apenas parte do foco das auditorias financeiras.

Costa²⁶⁰ destaca que neste modelo “*a promoção da accountability dos Executivos é central. Para além dos controlos de legalidade, assumem particular relevo as auditorias de desempenho e a avaliação de programas e de políticas públicas*”.

Neste sentido, o sistema de controladoria, em regra, possui destacado foco no controle gerencial ou operacional²⁶¹, prestigiando a análise dos atos administrativos sob a ótica de seus custos e resultados (tanto aqueles pretendidos, como os atingidos ao final da ação). Conforme ressaltado por Hely Lopes²⁶², este sistema prestigia a análise do mérito do administrativo, adentrando na escolha dos motivos e do objeto de ato administrativo, bem como nos aspectos de conveniência e oportunidade para a prática do ato.

Estes aspectos presentes no modelo de controladoria torna-o apto a verificar os aspectos de economicidade, efetividade e eficiência da conduta administrativa, razão pela qual é possível afirmar pela existência de ampla tendência de espraiamento²⁶³ dessas características das controladorias para os sistemas de Tribunais de Contas, como ocorre em Portugal, na Itália (com a reforma de 1991) e no sistema belga, além da conversão de sistemas de Tribunais de Contas em sistemas inspirados no modelo anglo-saxão, a exemplo do ocorrido na América Latina, *inter alia*, na Argentina (que adota o modelo de *audit board*).

É digno de nota que o modelo ora ventilado é usualmente adotado em países de tradição parlamentarista, de modo que a atribuição de responsabilidade durante o processo de fiscalização vincula-se fortemente ao processo de formação de gabinetes. Logo, qualquer conclusão sancionatória acerca da gestão pública atrai um voto de desconfiança, que, por sua vez, pode culminar no desfazimento do gabinete e/ou na dissolução do parlamento com a convocação de novas eleições.

Assim, seja por norma legal ou convencional, é mandatório que o Poder Executivo ofereça respostas adequadas aos questionamentos aventados pelas comissões legislativas, e,

260COSTA, P. N. (2012). **Que “Contas”?** – O controlo financeiro externo entre accounting e accountability. Revista de Finanças públicas e Direito fiscal, 6 (2), p. 58.

261SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 328.

262Hely Lopes Meirelles *apud* SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 329.

263SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 331.

em muitos sistemas jurídicos, há procedimentos que permitem o cognominado “*follow up*”, mecanismo através do qual o Auditor Geral e as comissões parlamentares atinentes às contas públicas traçam cronogramas com o escopo de corrigir as irregularidades e atender as recomendações realizadas²⁶⁴.

Usualmente, o ciclo de fiscalização é anual, de modo que o Parlamento delibera acerca do conjunto de contas públicas do ano anterior. Percebe-se, portanto, que a celeridade é essencial no sistema de Auditor Geral, não podendo, contudo, consistir no princípio mais relevante na regência do processo fiscalizatório, sob pena de sacrificar princípios usualmente constitucionalizados, como, por exemplo, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, e a essencial adequada instrução processual.

Em relação à apreciação de atos administrativos, a mesma ocorre no âmbito do Poder Judiciário regular, de modo que os Tribunais possuem amplos poderes de apreciação, considerando que a Administração Pública se submete ao mesmo rol de normas regentes das relações privadas²⁶⁵.

Acerca da sua adoção, em uma pesquisa²⁶⁶ com 126 países de diferentes partes do mundo, constatou-se que 73 deles adotam o modelo de Auditor Geral, número correspondente a 57% do total avaliado, mencionando-se a título exemplificativo o Reino Unido e a maior parte dos países do *Commonwealth*, a Irlanda, a Dinamarca, a Suécia, o Chile, o Peru e a África do Sul.

Neste contexto, as instituições mais notórias desta natureza são o *National Audit office*²⁶⁷, localizado no Reino Unido, o *Office of the Auditor General*²⁶⁸, localizado no Canadá, e o *Government Accountability Office*²⁶⁹, dos Estados Unidos da América. Os referidos órgãos são expoentes no emprego de técnicas modernas de controle e fiscalização, inspiradas nas rotinas do setor privado. Exemplo desta feição de vanguarda é o *Government Accountability office* norte americano, que passou a deter esta alcunha após a reestruturação realizada no ano de 2004, marcada pela transição da análise meramente contábil para um controle de espectro

264S TAPENHURST, R; TITSWORTH, J. **Features and Functions os supreme audit Institutions**. World Bank. Disponível em: < <http://www1.worldbank.org/prem/PREMNotes/premnote59.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

265MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 58.

266MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: < <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

267Website da Instituição: www.nao.org.uk

268Website da Instituição: www.oag-bvg.gc.ca

269Website da Instituição: www.gao.gov

amplo, incluindo as diversas dimensões das ações do Estado (*government accountability*)²⁷⁰ sob a ótica da produtividade e análise de resultados²⁷¹.

2.2.2. O Modelo de *Audit Board* de Controle Externo (também conhecido como “*Board Model*” ou “*collegiate model*”)

Muito do quanto explanado acerca do modelo de auditor geral aplica-se ao modelo de *audit board* (também cognominado de “Conselho de Contas”), sendo que a grande distinção entre os dois modelos é que em vez de um único indivíduo com grande margem de atuação na fiscalização, existe um colegiado de auditores desempenhando a mesma função, sem natureza jurisdicional. Jossilene Miranda²⁷² ilustra que podem existir, neste modelo, Tribunais de Contas sem poderes jurisdicionais, exercendo apenas a função de auditoria suprema e sem poderes de fiscalização prévia.

É possível que, dependendo do número de integrantes do conselho (do *Audit Board*), existam diversas subcomissões ou sub conselhos, com diferentes especializações e atribuições, incluindo uma comissão de recursos ou revisão. Neste ambiente, a tomada de decisão é partilhada, promovendo maior controle de possíveis desvios de conduta de algum de seus membros. Por outro lado, a decisão colegiada pode tornar o processo deliberativo lento e custoso.

Em cada sistema jurídico que adota o modelo de *audit board* existem peculiaridades que distinguem uns dos outros, de modo que existem modelos onde os mandatos dos membros são coincidentes, ao passo que em outros sistemas este aspecto pode variar. De forma análoga, em certos países há independência dos auditores entre si, já em outros eles devem atuar em uníssono²⁷³.

Conforme apontado pela doutrina abalizada, um dos pontos nevrálgicos do modelo de *Audit Board* é o sistema de designação de seus membros, que pode prejudicar a atividade de controle caso, entre outros aspectos, o mandato designado seja muito curto, impedindo a ação efetiva do auditor, ou muito longo, gerando a acomodação e estagnação do mesmo.

270LIMA, Luís Henrique. **Controle Externo**. 6ª Edição. Belo Horizonte: Ed método, 2015. p. 12.

271SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 331.

272MIRANDA, Jossilene Margareth Almeida. **O controle externo das finanças públicas exercido pelo tribunal de contas de Cabo Verde**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2019. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373>](https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373), p. 23.

273MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

De forma análoga, caso todos os membros sejam apontados simultaneamente, há a perda significativa de *know how* acerca da atividade desempenhada, de modo que soa mais adequada a sua gradativa renovação. Porém, de todos os entraves que cercam a designação de membros, o mais preocupante é certamente a possibilidade de que, em sistemas políticos onde um partido político domina a cena parlamentar de forma assimétrica, a maior parte dos auditores sejam indicados pelo mesmo segmento político, prejudicando a independência e a objetividade do Conselho.

É o modelo eleito pela Argentina, pelos Países Baixos, pela Alemanha, Japão, a República da Coreia do Sul e Indonésia.

2.2.3. O modelo de Tribunal de Contas (também conhecido como modelo Judicial, modelo napoleônico, modelo continental ou Latino)

O modelo de Tribunal de Contas é o modelo usualmente eleito por países com tradição em *civil law*²⁷⁴, a exemplo do Brasil, Colômbia, de Portugal, França, Grécia, Turquia, além de Angola, Cabo Verde, Senegal e a maior parte dos países francófonos na África e Ásia²⁷⁵²⁷⁶. O aspecto central do modelo em lume consiste na existência de controle de natureza jurisdicional por parte dos Tribunais de Contas, realizando julgamento da aplicação de verbas públicas, cominando penalizações e determinando a responsabilização de agentes por irregularidades no desempenho da função pública.

No modelo em lume, existe a possibilidade de responsabilização pessoal pelas quantias malversadas, de modo que o Tribunal de Contas, usualmente, emite dois tipos de pronunciamentos: (i) aprovação de contas, quando as informações prestadas são suficientes para demonstrar a higidez da aplicação dos recursos públicos, ou (ii) a rejeição das contas, quando o dispêndio analisado não foi realizado de forma regular, não atendeu aos princípios da eficiência ou os objetivos inicialmente designados.

Sua estrutura é semelhante à de um Tribunal judicial tradicional no qual os julgamentos são realizados por um colegiado de membros (usualmente denominados

274SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 333.

275**Characteristics of different external audit systems**. Disponível em: <http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

276MIRANDA, Jossilene Margareth Almeida. O controlo externo das finanças públicas exercido pelo tribunal de contas de Cabo Verde. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2019. Dissertação de mestrado. [Consult. 08/03/2021]. Disponível em [www:<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373>](https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/19373), p. 23.

ministros ou conselheiros), cuja presidência é exercida por um dos membros. Na qualidade de magistrados (ou equiparados), possuem uma série de garantias constitucionais ou legais, que podem variar conforme o desenho particular de cada sistema, a exemplo da estabilidade no cargo, a vitaliciedade, a garantia das verbas recebidas, dentre outras.

Costa²⁷⁷ traz a informação que este modelo possui, como característica principal, estrutura colegial das suas decisões e o seu poder coercivo de impor sanções, pecuniárias ou não, características que afetam a sua organização e a formas de atuação.

De pronto, percebe-se que os membros das Cortes de Contas possuem maior estabilidade do que seus pares no sistema de *Audit Board* ou mesmo o Auditor Geral no sistema anglo saxão. Estas garantias possuem o escopo de elevar os julgadores acima da influência político partidária, assegurando, em tese, julgamentos técnicos e fidedignos à realidade dos dados produzidos.

Marques²⁷⁸ assevera que o Tribunal de Contas “*é um organismo independente que fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e determina as responsabilidades por infrações financeiras*”; Moreno²⁷⁹ afirma que o Tribunal de Contas “*é completamente autónomo e independente da gestão financeira pública e de todas as suas estruturas, inclusive o Governo*”.

Em sua atuação precípua, qual seja, a análise das Contas de Estado, a Corte tem a função primordial de produzir um parecer prévio, uma espécie de relatório no qual é sinalizado se as contas de Estado devem ou não ser aprovadas, além de conter análise sobre as despesas realizadas e necessidades atendidas, à semelhança do que ocorre nos dois modelos anteriormente mencionados.

Nesta linha de intelecção, o Tribunal de Contas não julga as contas do chefe do executivo, mas elabora um parecer prévio em relação ao conjunto das contas de Estado. Sem prejuízo, a multicitada instituição tem natureza judiciária em diversos países, a exemplo de Portugal, Grécia e Espanha, e é dotada de relevante independência em relação aos demais Poderes. Por outro lado, existem sistemas nos quais as Cortes de Contas exercem a função de um Tribunal de caráter administrativo, como ocorre no Brasil e na Alemanha, por exemplo.

277COSTA, P. N. (2012). **Que “Contas”?** – O controlo financeiro externo entre accounting e accountability. Revista de Finanças públicas e Direito fiscal, 6 (2), p. 58.

278Marques, M. C. C. (2002). Prestação de Contas no Setor Público. DisLivro: Lisboa, p. 117).

279MORENO, Carlos. **Finanças Públicas: Gestão, Controlo e Auditoria dos Dinheiros Públicos**. 3ª Edição. 2006, Universidade Autónoma de Lisboa, p. 298)

A principal consequência desta distinção é que nos países onde a Corte de Contas possui natureza administrativa, suas decisões, ainda que sob o manto da “coisa julgada administrativa”, podem ser revistas pelo Poder Judiciário, fenômeno que não ocorre nos países onde os Tribunais de Contas são órgãos judiciários, e, portanto, emanam julgamentos finais dentro do respectivo Ordenamento Jurídico. Deve-se destacar que, em geral, é fraco o “*follow up*” das recomendações da Corte de Contas por parte do Parlamento, assemelhando-se o processo a um clássico “julgamento” em que a sentença representa o seu fim.

Independente desta distinção, o julgamento das contas do Chefe de Estado é efetivamente realizado pelo Poder Legislativo, que tem a prerrogativa de acatar ou não o parecer prévio apresentado pela Corte de Contas. De outro giro, no tocante à análise das contas apresentadas por agentes públicos de forma individualizada, não se tratando do chefe de Estado, as Cortes de Contas, em geral, realizam um julgamento completo, podendo cominar multas, declarar inelegibilidades ou outras formas de responsabilização, funcionando como última instância²⁸⁰.

No exercício desta última função, é normal que as auditorias perdurem por longos períodos, não havendo limitação de escopo temporal, salvo no tocante às contas do Chefe de Estado. Tradicionalmente, as auditorias empreendidas em Tribunais de Contas são do tipo “conformidade” em que há a verificação da adequação legal dos procedimentos realizados. Ainda, de forma diversa do que ocorre no corpo técnico dos modelos anglo-saxão e de *audit board*, o corpo de servidores das Cortes de Contas é composto por funcionários de formação legal, contábil e financeira, de forma predominante.

Outra variação relevante dentro do sistema de Tribunais de Contas é que, malgrado na maior parte dos países em que o controle da gestão ocorra *a posteriori*, em alguns países, a exemplo de Portugal, Itália e algumas de suas colônias, existe a atribuição adicional de fiscalização *ex ante*, de modo que cabe a determinado setor da Corte de Contas autorizar ou aprovar determinados tipos de despesas²⁸¹.

Ainda acerca de distinções de relevo dentro do modelo em lume, Cretella²⁸² destaca três modelos de Cortes de Contas. O primeiro deles é o modelo francês, cuja característica

280Com a ressalva dos Tribunais de Contas tidos como órgãos administrativos, cujas decisões, conforme já mencionado, podem ser revistos pelo Poder Judiciário, ao menos sob os aspectos formais.

281**Characteristics of different external audit systems.** Disponível em: <http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

282CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 107/111.

central é que o controle ocorre *a posteriori* e as determinações de ressarcimento oriundas de malversação de recursos públicos são dirigidas não aos ordenadores de despesas, mas aos agentes pagadores.

O segundo modelo é o Italiano, no qual a fiscalização acerca da legalidade dos atos de dispêndio é realizada de forma prévia, existindo ainda a possibilidade de aposição de veto absoluto a determinada despesa. Por fim, o modelo da Bélgica, onde o Tribunal de Contas foi criado em 1846, possui como nota distintiva a prerrogativa de fiscalização com veto relativo, além de registro sob protesto. Além disso, o controle é realizado através de um visto preliminar em toda ordem de pagamento.

2.3. Reflexões acerca do funcionamento adequado dos modelos de controle externo da administração pública

Como já mencionado anteriormente, passa ao largo do escopo deste trabalho determinar qual modelo de controle externo da gestão pública é superior, visto que o objetivo é apontar, no contexto de cada um dos modelos de controle externo, quais os elementos que permitem o seu funcionamento ótimo para que desempenhem sua função de forma possivelmente mais completa e eficaz.

Neste intento, devem ser realizados alguns apontamentos. O primeiro deles diz respeito ao modelo anglo-saxão de Auditor Geral, cujo funcionamento adequado pressupõe certo cenário relativo ao sistema partidário e determinado funcionamento de órgãos parlamentares e condição de informação e entendimento da opinião pública.

Assim, em sistemas jurídicos nos quais o povo possui atuação ativa e consciência política desenvolvida, além de deter as informações essenciais acerca da gestão pública, os parlamentares, de todas as agremiações, tendem a apoiar a punição de atos corruptos, ainda que tal ocorra com seus correligionários, tendo em vista as consequências eleitorais dos atos de corrupção. É, portanto, útil ao sistema de Auditor Geral que exista um consenso parlamentar no tocante à punibilidade da corrupção²⁸³.

Muitas vezes os parlamentares possuem interesse predominante pela fase de confecção do orçamento, na qual podem influenciar a alocação de recursos, ao invés de deter o foco parlamentar na tarefa de fiscalizar a atuação do Poder Executivo durante a implementação

283MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: < <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

orçamentária²⁸⁴, o que pode prejudicar sobremaneira o controle externo da gestão pública, já que, sem a força do parlamento, dificilmente as condenações serão seguidas de efetiva punição.

Outro aspecto relevante para o sucesso das ações de controle externo diz respeito ao fato de que, essencialmente, a responsabilização do governo por contas públicas está a cargo do Poder Legislativo, de modo que é mais eficaz em sistemas políticos nos quais o Parlamento possui maior independência em relação ao Poder Executivo.

Nesta linha de intelecção, nos sistemas presidencialistas a composição do governo não tem relação com o desfecho das eleições legislativas. Por outro lado, em sistemas parlamentaristas, o governo é sustentado por uma base parlamentar, o que enceta que os custos políticos que recaem sobre o governo, afetam, em certa medida, a base que lhe fornece lastro.

Logo, conclui-se que, neste sistema, o estímulo do Legislativo para punir a má gestão ou mesmo desvios de recursos é menor, já que o destino dos grandes partidos está intimamente relacionado ao do governo. Nestes cenários, existe o perigo de uma fiscalização “de fachada” ou uma fiscalização “álibi”, eis que apenas os parlamentares oposicionistas possuem estímulos para apontar e buscar a responsabilização adequada por atos de governo.

Tentando corrigir esta falha, em muitos sistemas jurídicos os membros da oposição são membros integrantes necessários nas comissões que desempenham e acompanham o trabalho de controle da administração pública²⁸⁵. A oposição parlamentar, portanto, possui papel decisivo no controle externo da gestão pública.

Outro aspecto essencial para atingir resultados efetivos no controle externo da gestão pública é a sua publicidade adequada e ampla, gerando impacto e controle pela sociedade. Este contexto proverá o estímulo necessário aos órgãos responsáveis pelo controle externo, revelando a destacada importância de organizações não governamentais²⁸⁶, e da grande mídia, ao viabilizarem o *accountability* social²⁸⁷.

284 **Characteristics of different external audit systems.** Disponível em: < http://www.parlamericas.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

285 No Reino Unido e Argentina, cabe à oposição parlamentar presidir a comissão legislativa relevante e indicar o Auditor Geral.

286 De forma exemplificativa, o monitoramento da *accountability* do Setor Público (PSAM) na África do Sul é uma Organização não governamental que atua junto ao Poder Legislativo para acompanhar as condutas adotadas pelo Poder Executivo em resposta aos relatórios elaborados pelo Auditor Geral acerca de irregularidades praticadas no setor público.

287 MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina.** Disponível em: < <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

No contexto dos Tribunais de Contas, especialmente no tocante às contas comuns, não há dependência do Poder Legislativo, em que pese este ainda exercer papel decisivo no caso das contas de governo. Do ponto de vista da higidez e opinativo de responsabilização no parecer prévio e relatórios correlatos, consoante já mencionado, o Tribunal de Contas goza de autonomia e seus membros possuem garantias de independência de sua atuação, de modo que, em tese, não existem incentivos para o abrandamento da responsabilização ou posturas coniventes com a atuação dos gestores públicos.

Diz-se em tese, pois, em geral, os membros dos Tribunais de Contas são indicados pelos Poderes Legislativo e Executivo e, em alguns casos, são oriundos de carreira política, possuindo fortes vínculos com partidos políticos e figuras políticas, o que dificulta a completa isenção de sua conduta, motivo pelo qual se entende que as garantias atreladas ao cargo são insuficientes enquanto as formas de sua investidura e a origem de seus ocupantes permanecerem intimamente ligadas aos Poderes Executivo e Legislativo.

Ainda, pela sua relevância, deve-se mencionar novamente o caráter preponderante de conformidade da fiscalização das Cortes de Contas, especialmente voltadas para a regularidade e enquadramento legal dos gastos públicos. Este modo de atuação não alcança o cenário macro da gestão financeira, bem como aspectos relacionados à eficiência dos gastos públicos, e ao atingimento dos objetivos do Estado²⁸⁸; quando muito, apenas aborda alguns pontos macro da gestão.

É de clareza hialina que a verificação da legalidade do gasto público é essencial, porém, é igualmente claro que, no estágio atual de desenvolvimento das democracias modernas, este aspecto de fiscalização não é suficiente, funcionando, muitas vezes, como um álibi, com o intuito de demonstrar à sociedade que a gestão pública é devidamente controlada e corrigida, ainda que, na prática, as necessidades públicas sejam atendidas de forma precária.

Na América Latina, três países adotaram o modelo de Cortes de Contas (Brasil, Honduras e Uruguai), e 15 (quinze) elegeram o modelo anglo-saxão de Auditor Geral²⁸⁹. Historicamente, a região adotou o modelo de Tribunais de Contas (considerando a influência

288Sobre a persecução do interesse público, Marcelo Rebelo de Sousa: "*Assim, a administração pública em sentido material está permanentemente vinculada à prossecução do interesse público (art. 266.º, 1 CRP). Não é concebível a prossecução, por parte da administração pública, de interesses privados, ainda que colaterais.*" SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I. Introdução e princípios. 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 44.

289MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: < <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

da colonização luso espanhola), porém, na década de 1920, nada menos que nove países alteraram seu modelo para o modelo de controladoria (seja monocrático ou de colegiado).

O motor desta mudança em diversos países foi a missão americana de Edwin Kemmerer, conhecido como “*Money doctor*” que influenciou países latinos como o Chile e o Peru a adotarem planos econômicos baseados em moedas fortes, equilíbrio orçamentário e no padrão ouro, com a assistência técnica do governo americano²⁹⁰. Destoa deste contexto a Argentina, que adotou o sistema de *Audit Board* em período mais recente, durante as reformas econômicas empreendidas pelo presidente Carlos Menem.

Em estudo de efetividade das instituições de controle da América Latina, Santiso²⁹¹ (2007) avaliou os critérios de independência, tempestividade, credibilidade e *enforcement*. De acordo com este estudo, as instituições mais eficientes são aquelas do Brasil, do Chile, e da Costa Rica. De outro turno, as mais mal colocadas se encontram na Argentina, no Peru e no México.

O estudo é relevante pois permite demonstrar que a qualidade das instituições não se relaciona com o modelo de controle externo adotado, uma vez verificado que, dentre as melhores colocadas, o Brasil adota o sistema de Tribunais de Contas ao passo que o Chile adota o sistema de controladoria, o que denota que outros elementos e variáveis influenciam no desempenho do controle externo da gestão pública.

2.4. Legalidade estrita x Controle da atuação discricionária (controle de mérito do ato administrativo)

O princípio da legalidade consubstancia a pedra de toque do Estado de Direito e é elemento de estabilização social. Como é cediço, tem o condão de funcionar como anteparo de proteção do povo em face do Poder Público²⁹², já que este deve atuar em conformidade com a lei e em favor do interesse público, submetendo-se às regras fixadas pelos representantes populares. Desta maneira, qualquer prerrogativa ou poder concedido ao agente público é instrumental e possui a finalidade de atingir o interesse público²⁹³.

290 MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: < <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

291 MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: < <https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

292 SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 158.

293 TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

Nesta linha “*o espaço e o tempo do direito administrativo são heteronomamente determinados pela lei, diferentemente do que acontece com a autonomia privada, que, respeitando os limites postos pela lei, goza de uma considerável margem de autodeterminação*”²⁹⁴. Em outras palavras, a função administrativa é condicionada e orientada para a persecução do interesse público (conforme será repetido à exaustão no presente trabalho), tornando-se instrumento deste. Este é o sentido da precedência da lei, que estabelece a lei não apenas como limite, mas como pressuposto e fundamento do agir administrativo²⁹⁵.

Como apontado por Marcello Caetano ao descrever o fenômeno da Administração Condicionante²⁹⁶, a relevância da submissão da Administração Pública à Lei não é mais pela sua submissão a um outro Poder (o Poder Legislativo), mas reside na necessidade de generalidade dos comandos aplicados por ela, da qual defluem a impessoalidade no trato com os administrados e a previsibilidade, por este, das ações e expectativas estatais.

É de notar que atualmente, quando se refere à subordinação da Administração à lei, isto quer dizer que a Administração está sujeita a um bloco normativo composto por normas da União Européia (para os membros do bloco), normas constitucionais, direito internacional, leis ordinárias e regulamentos. Daí que a doutrina substituiu a expressão princípio da legalidade (sobrevivência semântica do início da era constitucional, quando a lei, em sentido estrito, era a única norma que se impunha heteronomamente à administração) pela expressão princípio da juridicidade²⁹⁷.

Na seara da Administração Pública há a submissão ao princípio da legalidade estrita, cujo enunciado prevê a subordinação da atividade administrativa à Lei, é dizer, trata-se de atividade vinculada. Assim, de forma diversa em relação ao Direito Privado, onde vigora a máxima “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei*”, no âmbito do exercício das potestades públicas a liberdade apenas pode decorrer da lei, é dizer, só há liberdade quando a lei assim o determina²⁹⁸.

294ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 224.

295ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 10.

296CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 29.

297ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 224.

298FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 545.

Conforme delineado por Marcello Caetano, “*o desenvolvimento da actividade administrativa conforme segundo normas jurídicas gerais corresponde, pois, a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração*”²⁹⁹.

Existem, contudo, situações nas quais ao agente público são dados caminhos a seguir, de modo que cabe a ele eleger, de forma motivada, a solução que melhor atende ao interesse público no caso concreto. Esta prerrogativa é cognominada pela doutrina de discricionariedade administrativa, já pincelada no capítulo 1.

Consoante a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁰⁰, os atos vinculados são aqueles nos quais a Administração é obrigada a realizar nos termos estritos da lei, não cabendo a ele autonomia para inovar nesta modalidade de ato. Assim, materializadas as condições previstas em determinada norma para a realização de determinada conduta, deve a administração realizá-la, sem questionamentos.

Consoante ressaltado por Rogério Soares³⁰¹, o ato vinculado é, em verdade, uma espécie de conceito limite de realização meramente teórica, já que não há, no mundo real, hipótese de absoluta vinculação administrativa, sempre restando algum elemento, ainda que minimamente, para o exercício do poder discricionário.

Por outro lado, a atuação discricionária surge com o escopo específico de permitir que o administrador público eleja a melhor conduta a seguir no caso concreto, dentro dos parâmetros (da moldura) apresentada pela Lei. Assim, conforme aponta Rita Tourinho³⁰², o legislador não possui meios de conhecer todas as situações concretas e problemas diuturnamente enfrentados pelo administrador público, portanto, em certas situações, a distância legislativa impede a lei de detectar a norma mais eficiente e adequada ao caso concreto.

A discricionariedade integra ainda a legalidade, pois é justamente da lei que nasce a liberdade instrumental aqui discutida e cognominada de discricionariedade³⁰³. Ora, partindo-se do pressuposto que a função administrativa tem como escopo a persecução do interesse público, caso ela estivesse integralmente fadada à mera execução da lei, não haveria o que perseguir, apenas o que cumprir. É na discricionariedade, forma de atender às peculiaridades

299CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 29.

300MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 426.

301SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 193.

302TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

303ALMEIDA, Mário Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 11

do caso concreto, a partir de princípios como eficiência e razoabilidade³⁰⁴, que a Administração Pública se revela verdadeira concretizadora do interesse público.

Considerando a legalidade estrita que rege as relações administrativas, consoante esposado acima, é teratológica a afirmação de que a discricionariedade é fruto da ausência de lei³⁰⁵. Sobre o tema, Marcello Caetano³⁰⁶ aponta que, mesmo nos atos de ampla discricionariedade, a legalidade subsiste já que até os poderes discricionários e os critérios de seu exercício são conferidos por lei.

Para outros autores, a discricionariedade seria um *quasi* sinônimo de mérito, conforme doutrina de Codacci-Pisanelli e de Sandulli, que sustenta que o mérito abrangeria tanto a chamada discricionariedade administrativa como a discricionariedade técnica. Mérito seria todo aspecto da atividade administrativa não sujeito a normas jurídicas, enquanto a legitimidade seria o aspecto da conformidade com as normas jurídicas, “(...) *ou noutros termos, o mérito é, como a discricionariedade, a valoração da conveniência e oportunidade: mas enquanto a discricionariedade é o momento final, o mérito é o iter*”³⁰⁷.

Além deste aspecto, deve-se ressaltar também que a generalidade e o viés abstrato das normas, nota característica do Estado de Direito, devem ser preservados, evitando-se, com isto, uma legislação analítica e prolixa, além de casuística, que discipline cada pequeno e corriqueiro aspecto da atuação administrativa, sob o risco de desaguar em engessamento e distanciamento entre a norma e a realidade dos fatos.

Nesta linha de intelecção, o papel da discricionariedade é justamente atuar nas situações em que a Lei, pela sua distância ou generalidade, não é capaz de oferecer a melhor tutela ao caso concreto, transferindo este dever para o administrador público. O escopo, portanto, não é de conferir poder ao agente público, mas de perseguir o interesse público³⁰⁸ da forma mais adequada e eficiente. Conforme Diogo Amaral³⁰⁹, “*a obrigação de prosseguir o interesse público exige da Administração que adote em relação a cada caso concreto as melhores soluções possíveis do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro): é o*

304ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 21.

305FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 545.

306CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31.

307SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 214.

308Conforme Tomás de Aquino: “*Aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem*”. In AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 33.

309AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 34.

chamado dever de boa administração”. É um dever, portanto, e não um poder ou simples prerrogativa³¹⁰.

Repise-se, portanto, que não se trata de liberdade do administrador público³¹¹. Ainda para Diogo Amaral³¹², a discricionariedade é resultado de opção legislativa com o fito de “otimizar” a atuação da administração pública, impondo, em todas as situações, os princípios jurídicos como vetores interpretativos de sua escolha, que materializa um poder-dever. De forma análoga, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que *“a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com o máximo de precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade”*³¹³.

Caso se insista em tratar de liberdade, é imperioso ressaltar que se trata de “liberdade criadora”³¹⁴ orientada a determinado fim, através da qual deve o agente público ponderar os interesses jurídicos em questão e dirimir o conflito de interesse do caso concreto³¹⁵, na busca do equilíbrio e da solução ideal que o distante legislador não seria capaz de fornecer.

Em termos técnicos, Maria Sylvia Zanella di Pietro³¹⁶ identifica a atividade discricionária quando a norma não define todos os elementos da atuação do administrador público, abrindo margem para atuação da liberdade de decisão no caso concreto, dentre várias soluções possíveis e válidas perante o Direito.

Neste sentido, para que o ato seja reputado vinculado ou discricionário deve-se observar a relação entre o motivo e o objeto do ato, bem como a dicção legal. Caso ante determinada situação, a norma determine o objeto do ato e não permita ilações acerca da conveniência e oportunidade, estaremos diante de um ato vinculado. Caso, ao contrário, a lei permitir que o agente público determine algum elemento do conteúdo ou do objeto do ato, servindo-se do seu juízo de conveniência e oportunidade, estar-se-á diante de ato discricionário.

310SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Administrativo**. Porto. UCP Faculdade de Ciências Humanas. 1980. 75.

311TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

312AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 72.

313MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Legalidade – Discricionariedade – Seus limites e Controle**. Revista de Direito Público. São Paulo: revista dos tribunais, n. 755. p. 47.

314ALMEIDA, Mário Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controle da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 12.

315SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 180.

316DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

Por isso, Lucas Rocha Furtado³¹⁷ define a discricionariedade como “a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto, com vista à realização das finalidades legais, em razão do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública”.

Assim, a prática da atividade discricionária parte dos seguintes pressupostos: (a) a previsão legal da liberdade para a definição do conteúdo do ato pelo agente público³¹⁸; (b) que a referida liberdade seja exercida dentro da moldura legal delineada pelo diploma legal; (c) que o agente público maneje a liberdade recebida de forma instrumental, com vistas a melhor realização das finalidades públicas e, por fim, (d) que a solução encontrada seja a mais adequada e seja fruto do juízo de conveniência e oportunidade do agente público³¹⁹.

Deve-se destacar o posicionamento de Hans Kelsen³²⁰ em sua Teoria Pura do Direito, ao destacar que, no seu sentir, a determinação do texto normativo nunca é completa, devendo restar uma margem (ora mais larga, ora menor) de apreciação livre, de modo que a norma de escalão superior tem, em relação ao ato que a aplica, natureza de uma moldura a ser preenchida pelo referido ato. No escólio do autor, ainda que pormenorizada uma norma, existe, para aquele que a cumpre, diversas possíveis determinações a realizar. Conclui Kelsen que todo ato jurídico possui parcela de determinação e parcela de indeterminação, de modo que esta última muitas vezes é proposital, fruto da vontade do legislador.

Cumpramos explorar, ainda, de que modo e em quais situações a lei confere discricionariedade ao agente público. Conforme os ensinamentos de Diogo Amaral³²¹, existem algumas situações nas quais a discricionariedade pode ser conferida ao agente público. A primeira delas ocorre quando a norma prevê competências genéricas e porosas ao administrador, como, por exemplo, a disposição constitucional portuguesa que, em seu artigo 9º, h, determina que cabe ao Estado Português promover a igualdade entre homens e mulheres. Nesta hipótese, há a obrigação de agir, porém, a escolha de como será promovida esta proteção caberá à Administração Pública.

A segunda situação é mais direta, e ocorre quando a lei faculta ao agente público a prática ou não do ato, dando a ele liberdade (condicionada a um fim) para que decida, a partir

317FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 546.

318SOSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 181.

319FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 546.

320KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 388.

321AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 82.

do seu juízo valorativo, o que lhe parece mais adequado. A terceira hipótese de materialização da discricionariedade ocorre quando a lei determina a conduta a ser realizada, todavia, permite que o administrador público escolha qual o melhor momento para sua realização.

A quarta hipótese é a cognominada “discricionariedade de escolha” onde o agente deve eleger uma dentre várias condutas possíveis, podendo as mesmas estarem elencadas na norma (como no caso da discricionariedade optativa) ou não (discricionariedade criativa). Na sequência, como quinta hipótese de discricionariedade, encarrega-se o agente público com a determinação da forma de realizar o ato administrativo, ou quais formalidades observar durante a prática ou preparação do ato.

Ainda, pode-se facultar ao administrador a possibilidade de fundamentar ou não a decisão, naqueles casos que a fundamentação não é determinada por Lei ou, ainda, é possível que permaneça no campo de discricionariedade do agente público a possibilidade de consignar no ato administrativo, por exemplo, modo, termo ou condição.

Por último, ocorre atividade discricionária quando a norma é hialina ao prever que o conteúdo do ato deverá ser preenchido pelo juízo de conveniência e oportunidade da administração. É o caso, por exemplo, das nomeações e exonerações dos cargos em comissão³²².

A doutrina aponta três pilares doutrinários para o exercício da discricionariedade³²³, quais sejam, o fundamento material, o fundamento lógico e o fundamento jurídico. De acordo com a fundamentação material, consoante já mencionado, a norma abstrata não é capaz de, em todas as situações da vida, prever o comportamento capaz de atingir do modo mais eficiente a finalidade normativa. Por outro lado, o administrador público, de posse das informações do caso concreto, possui elementos suficientes para eleger a melhor solução no caso concreto.

322Agrega-se também a classificação de Marcello Caetano, para quem "*A lei pode, porém, deixar a critério do órgão competente: a) a liberdade de agir ou não agir ou, no caso de querer agir, a escolha do momento adequado para o fazer (escolha de oportunidade); b) a liberdade de ajuizar da existência da circunstâncias de facto de que a lei faça depender a obrigação ou a mera faculdade de agir (determinação dos pressupostos de competência); c) quanto ao objecto, na medida em que o órgão competente tenha liberdade para optar por uma ou outra solução, de determinar o conteúdo da solução impondo cláusulas julgadas convenientes, de fixar os efeitos jurídicos a produzir, ou de escolher os pressupostos objectivos ou subjectivos como motivos da decisão; d) quanto às formalidades, quando o órgão competente possa decidir sem estar vinculado à observância de certos trâmites legais; e) quanto à forma, se puder escolher qualquer dos modos lícitos de expressão de vontade.*" CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol I. Coimbra: Almedina, 2015. p. 490.

323TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 37.

Na sequência, a fundamentação lógica é adotada pela parcela da doutrina que entende existir afinidade entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados³²⁴, de modo que esta parcela doutrinária entende que é impossível que o legislador determine o alcance exato da infinidade de conceitos presentes nas normas jurídicas, cabendo, em uma situação de incerteza, ao agente fixar tal conteúdo a partir de uma das interpretações possíveis. Desde já, ressalte-se que não concordamos com este posicionamento, por entender, conforme será demonstrado, que há franca distinção entre a atuação discricionária e a atividade hermenêutica de concretização de conceitos jurídicos indeterminados.

Por último, deve-se mencionar o fundamento jurídico da atividade discricionária³²⁵, conforme a qual o esgotamento de todas as possíveis situações da vida pelo legislador, que determinaria a totalidade da atuação do administrador, existiria a substituição de um órgão por outro, de modo que o ente administrativo seria um cumpridor de ordens oriundas do Poder Legislativo, em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Sem embargo, este trabalho entende que apenas o primeiro fundamento é suficiente para amparar a existência da atuação discricionária, sob o argumento de que a discricionariedade permite a eleição da opção mais eficiente ao caso concreto, em atenção ao melhor atendimento do interesse público. Assim, a atividade discricionária não pode ser vista como garantia da atividade administrativa, como dá a entender o fundamento jurídico, eis que ela existe não para prover de potência a Administração Pública, mas para instrumentalizar o melhor atendimento ao interesse público.

Ainda sobre os fundamentos da atividade discricionária, Bartolome Fiorini³²⁶ aponta que a função da aludida atividade não é uma forma de suprir deficiências legislativas (não é fruto do esquecimento do legislador), nem mesmo um instrumento de liberdade dos governantes e administradores públicos. Ao contrário, a eficácia e eficiência da ação administrativa muitas vezes depende do exercício deste dever (a discricionariedade deve ser vista como um dever), instrumental ao atingimento do interesse público.

Em sua operacionalização, a lei, ao prever a conduta discricionária, confere “liberdade” para que a autoridade administrativa aprecie o motivo do ato, o objeto do ato ou

324Por exemplo, Afonso Rodrigues Queiró, em sua obra “Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo”, Coimbra: Coimbra, 1940. P. 24. *apud* TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 38.

325OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. P. 85.

326FIORINI BARTOLOME. La discrecionalidad en la administracion publica. *Apud* TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 38.

ambos. No que tange ao motivo, Seabra Fagundes³²⁷ destaca que o agente poderá eleger os aspectos de conveniência e oportunidade da realização do ato, é dizer, a ocasião da prática do ato e a sua utilidade. Já em relação ao objeto, cabe ao administrador a escolha do objetivo do ato.

Nesta linha de intelecção, elemento essencial do ato administrativo discricionário é a sua motivação, já que sem esta, o sustentáculo do ato discricionário passa a ser apenas o elemento volitivo do agente atuante, inservível em um Estado Democrático de Direito³²⁸. Neste sentido sustentam Garcia de Enterría³²⁹ e Tomás Ramón Fernández, que a discricionariedade deve possuir como lastro motivação suficiente e é ação diametralmente oposta à arbitrariedade, despida de motivação ou que apresenta motivação vazia e contraditória.

Neste diapasão, não é suficiente a presença meramente formal da motivação³³⁰, devendo haver fundamentação adequada com indicação de motivos suficientes, coerentes e existentes³³¹, expondo o nexo de causalidade entre motivos e decisões, sem limitar-se a considerações formais, abstratas ou de índole prejudicial³³².

Por fim, é válido ressaltar que se no controle do ato vinculado estuda-se a conformidade do ato administrativo com a disciplina legal, é no campo da discricionariedade do agente público que reside a possibilidade de controle de eficiência das escolhas empreendidas pela Administração Pública.

Ora, se a atividade vinculada não fornece espaço para a atuação volitiva dos agentes da Administração, é na atuação discricionária que se deve analisar se as escolhas empreendidas pelo administrador atingiram um patamar aceitável de eficiência, além de economicidade e efetividade.

Neste diapasão, em que pese a existência de corrente doutrinária (cita-se, como exemplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro³³³ e Diogo Amaral) que entenda ser impossível a

327FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Forense, 2010. p. 94.

328Nas palavras de Tomás R Fernandez, “O Direito exige sempre justificação, demanda razões, preserva a razão. Sua natureza é a de justificar decisões, atuações”, *apud* TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 41.

329ENTERRIA, Eduardo García de. FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madrid: Civitas, 2000. P. 477.

330ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 56.

331TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

332SOSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo III**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007. p. 109.

333DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 614.

exigência de que o administrador público atinja a eficiência em seus procedimentos, alinhamo-nos ao entendimento segundo o qual o administrador público deve adotar a conduta mais eficiente, através do manejo da razoabilidade e ponderação de possibilidades. Em outras palavras, o agente público “não pode optar por ser ineficiente”³³⁴, logo, uma vez detectada que determinada solução adotada mostrou-se ineficiente, a mesma deve ser reputada ilegítima.

Ressalte-se, contudo, que não se exige da Administração Pública a adoção “mais eficiente” que todas as disponíveis, eis que se estaria a exigir comportamento extraordinário, sem olvidar que tal constatação, no momento da prática do ato, nem sempre é possível. Ao revés, deve ser exigido dos agentes públicos que não adotem soluções flagrantemente ineficientes e que sua escolha seja devidamente motivada, denotando a persecução da eficiência em seu procedimento.

Raciocínio semelhante percorre Mário Aroso de Almeida³³⁵, que destaca a necessidade de juízos técnicos e científicos de conteúdo objetivo para que seja possível a realização do controle da eficiência da ação administrativa, portanto, aos Tribunais não é dado refazer conclusões administrativas de cunho opinativo ou meramente valorativo, cabendo ao órgão de controle, nestes casos, exigir apenas que a Administração Pública empreenda “*juízos aceitáveis, ainda que discutíveis*”³³⁶.

O raciocínio pode ser ilustrado ao observarmos uma situação na qual a Administração Pública pretende organizar a prestação de serviços em determinado hospital. Imagine-se que a lei vigente permite a realização de contratação pública direta dos funcionários do estabelecimento ou, alternativamente, a gestão do referido Hospital por meio da prestação de serviços de uma entidade privada. A partir de estudos técnicos e projeções realizadas, conclui-se que a contratação da entidade privada, malgrado de mesma qualidade técnica, seja claramente mais onerosa do que a sua alternativa. Neste cenário, a partir da análise da eficiência, em que pese a Lei faculte a adoção das duas soluções, a contratação da entidade privada soa, *a priori*, ilegítima, por violar o interesse público. Neste caso, caso adotasse a

334FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 898.

335É útil o pensamento de Mário Aroso de Almeida, para quem o princípio da razoabilidade “*estabelece que a Administração deve adotar soluções razoáveis ou as soluções mais razoáveis, nem sequer que ela não deve adotar soluções desrazoáveis, mas limita-se a determinar que a Administração deve 'rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis'*”.

ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 43.

336ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 18.

solução aprioristicamente menos eficiente, o administrador público deve fundamentar a sua decisão de forma satisfatória.

Inúmeras vezes as entidades que realizam o controle da atuação pública carecem de parâmetros de eficiência, que devem ser construídos e amadurecidos durante o percurso de sua aplicação. É, inclusive, esta ausência de parâmetro que inclina alguns doutrinadores a defender a impossibilidade de controle da eficiência dos atos públicos, razão pela qual defende-se no presente trabalho a precisa delimitação conceitual do princípio da eficiência administrativa, além da exploração de instrumentos para o seu controle adequado.

É inegável, contudo, que a aplicação do referido princípio é um imperativo da dinâmica dos estados modernos, de modo que se não existem critérios, devem os mesmos ser construídos para viabilizar a análise da atuação pública sob este novel prisma, à semelhança do que ocorreu com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.4.1. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Ao lado dos conceitos jurídicos cujo conteúdo é passível de significação clara e inequívoca (v.g., o conceito de pessoa jurídica) e cuja aplicação não requer maiores esforços exegéticos ou hermenêuticos, existem aqueles cujo conteúdo autêntico é de difícil alcance, possuindo amplo campo de significação, requerendo, portanto, exercício interpretativo para que se extraia do signo linguístico o seu significado (é o caso, por exemplo, de expressões como “notável saber” ou “bons costumes”).

No caso destes termos, cognominados pela doutrina de “conceitos jurídicos indeterminados” ou “conceitos de textura aberta”, o seu significado é extraído a partir de atividade interpretativa na ocasião da análise do caso concreto. Conforme ressalta Frederico do Valle Abreu³³⁷, esta abertura conceitual consiste na “*vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada*”.

Em sentido análogo, Judith Martins Costa³³⁸ afirma que os chamados conceitos jurídicos indeterminados possuem abertura e vagueza intencionais, o que permite a evolução

337ABREU, Frederico do Valle. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processo-e-suposto-poder-discricionario-do-magistrado> >. Acesso em 25 de agosto de 2020.

338MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 117/119.

das normas sem a alteração dos textos normativos, através, apenas, da evolução de seu conteúdo; daí falar-se em abertura semântica proposital.

Neste diapasão, é comum na doutrina³³⁹ a controvérsia acerca da existência ou não de discricionariedade na atuação administrativa quando a norma encerra conceito jurídico indeterminado. Conforme as lições de Antônio Francisco de Souza³⁴⁰, todos os conceitos vagos pertencem ao espectro da vinculação legal. Neste sentido, é dever do intérprete do direito realizar atividade interpretativa e encontrar o significado adequado para o termo normativo, não havendo que se falar em discricionariedade.

De forma alinhada com o entendimento acima esposado, Otto Bachof³⁴¹, em sua tese, sustenta que a atividade deflagrada pela análise dos conceitos indeterminados não traduz-se em discricionariedade, mas sim em “espaço de apreciação”. Assim, a noção é complementada pelas conclusões de Garcia de Enterría³⁴², ao afirmar que nos conceitos indeterminados existe apenas uma solução adequada ao caso concreto e ao interesse público, ao passo que na atividade discricionária existe uma pluralidade (ao menos duas) de soluções justas e de acordo com o Ordenamento Jurídico, cabendo ao administrador público realizar, não uma atividade interpretativa, mas exercer um juízo de conveniência e oportunidade.

Temperando a esposada noção, Marcelo Rebelo de Sousa e André Matos³⁴³, em que pese reconhecerem na existência de conceitos jurídicos indeterminados ausência de margem de livre apreciação para o intérprete da lei, asseveram que, em certas situações, a elucidação do conceito é tormentosa e não conduz a apenas uma acepção, podendo haver dúvida quanto ao sentido verdadeiro do termo.

De forma análoga e ainda mais assertiva, Rogério Soares³⁴⁴ afirma que a admitir a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados comportam apenas uma única interpretação, seria forçoso reconhecer que prevaleceria em todas as hipóteses a interpretação do Tribunal que revisa o ato, de modo que deve reconhecer-se que, na hipótese, há espécie de discricionariedade que deve ser respeitada pelo órgão que analisa o ato administrativo.

339TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44.

340SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados” no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. P. 37.

341Otto Bachof *apud* TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 47.

342ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1995. p. 35/37.

343SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo III**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007. p. 188.

344SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Administrativo**. Porto: UCP. 1980. p. 60.

Feitas estas considerações, cumpre asseverar que o presente trabalho filia-se à doutrina encabeçada por Otto Bachof, cabendo, contudo, a aplicação de equidade pelo julgador, mormente nos casos de conceitos complexos. É dizer, afirmar que da atividade interpretativa resulta um único sentido, é severamente distinto de afirmar que extrair o único sentido da norma é tarefa simples, de modo que devem ser toleradas interpretações razoáveis.

Em arremate, na análise dos conceitos jurídicos indeterminados há atividade interpretativa, ao passo que na atividade discricionária há ato volitivo motivado ante uma pluralidade de opções justas, cabendo ao agente público realizar uma opção de mérito, atendendo a critérios de conveniência e oportunidade³⁴⁵.

2.4.2. Discricionariedade e mérito

Há certa confusão doutrinária acerca dos conceitos de discricionariedade e mérito administrativo, fazendo-se útil a sua distinção no presente trabalho. Consoante já explanado, a discricionariedade constitui a liberdade conferida pela Lei ao agente administrativo para que adote a solução que melhor atinja as finalidades públicas em determinado caso concreto. Por outro lado, o mérito do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade empreendido pelo agente para atingir a sobredita solução ótima ao caso concreto³⁴⁶.

O mérito do ato administrativo integra a discricionariedade de modo que, em que pese a discricionariedade seja passível de controle (consoante será demonstrado), há o entendimento corrente segundo o qual o mérito está imune ao controle externo.

A distinção dos conceitos é útil já que, mediante um controle de legalidade, é possível revisar a discricionariedade do administrador (em seus elementos vinculados, quais sejam, a competência, a finalidade e a forma do ato), porém não o mérito do ato administrativo³⁴⁷ (o juízo de conveniência e oportunidade para determinar o objeto e o motivo do ato administrativo), cujo controle ocorre, usualmente, nos modelos de controladoria e *audit board*.

Para Luís Filipe Colaço Nunes³⁴⁸, “*o poder discricionário surge num momento que antecede o mérito, precisamente no momento do exercício do poder administrativo que, sendo dinâmico, deve respeitar certas regras procedimentais e princípios fundamentais*”. Por outro lado, consistiria no resultado da discricionariedade, é dizer, a escolha empreendida.

345TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

346FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 548.

347FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 861.

348ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 286.

Conforme o autor, o mérito é, de certa forma, sindicável pelo magistrado, sendo possível um controle indireto deste aspecto do ato administrativo através do seu confronto com os princípios fundamentais que regem a atividade administrativa.

Por sua vez, Diogo Amaral³⁴⁹ explica o mérito administrativo como conceito jurídico preenchido pelas noções de justiça e de conveniência. Assim, a justiça consiste na identidade e harmonia entre o ato praticado e o interesse público perseguido combinado com o Ordenamento Jurídico em geral (com atenção especial aos direitos subjetivos), ao passo que a conveniência é a adequação da atuação administrativa ao interesse público específico ou imediato, bem como a harmonia entre o interesse público específico e os demais interesses da mesma natureza que possam ser afetados pelo ato praticado.

Com efeito, o autor aponta que, em Portugal, o aspecto “justiça” deixou de integrar o mérito administrativo e passou para o campo da legalidade, através da sua cristalização no artigo 266, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, que o erige à categoria de princípio geral do Direito³⁵⁰.

Deve-se destacar, contudo, o pensamento de Rogério Soares³⁵¹ que, de forma diversa, ressalta que a noção de insindicabilidade judicial do mérito administrativo deve ser afastada, sob pena de perder “*todo o conteúdo substancial para se aproximar da zona dos puros conceitos adjetivos*”.

Logo, a partir do posicionamento da doutrina tradicional, de forma ilustrativa, no ato administrativo discricionário, as normas legais traçam um âmbito de atuação, dentro do qual o agente administrativo deve escolher a opção que melhor atende o interesse público, de modo que é possível aludir a uma espécie de “moldura legal” dentro da qual o agente pode transitar (este espaço de trânsito é o espaço da atuação discricionária).

Neste cenário de existência da chamada “moldura jurídica” é possível examinar se o administrador público atuou para além da moldura do permissivo legal, porém, não seria possível controlar os aspectos relacionados ao mérito administrativo, que determinam o motivo de escolha de determinada opção integrante da moldura legal.

2.4.3. Controle externo financeiro da discricionariedade administrativa

349AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 87.

350AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 89.

351SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 215.

Como analisado, deve-se atentar para o fato de que controlar o ato discricionário não significa necessariamente controlar o mérito do ato administrativo³⁵². Ao controlar o ato administrativo discricionário, busca-se evitar desvios de finalidades, além de verificar se foram atendidos os limites legais do ato administrativo discricionário (isto é, se o agente atuou dentro da “moldura” legal).

Neste sentido, o controle da discricionariedade traduz-se em exame de conformidade dos atos administrativos com a Ordem Jurídica vigente. A seguir, analisaremos as etapas³⁵³ a serem empreendidas pelo membro do Poder Judiciário ou do órgão de controle externo encarregado do sobredito controle.

Primeiramente, deve-se analisar a legislação que deu origem ao ato discricionário, com o fito de verificar se, de fato, a lei confere espaço para atuação discricionária, nos moldes *supra* descritos. Na sequência, deve-se analisar se houve, no mundo dos fatos, a situação “gatilho” descrita na norma (no tipo normativo) apta a desencadear a atuação administrativa discricionária, etapa que corresponde ao exame dos motivos do ato.

Em terceiro lugar, o membro do Órgão Julgador deve avaliar a razoabilidade da solução adotada pelo agente administrativo em face da lei e dos motivos invocados para a prática do ato, dentro do rol de possíveis desfechos para o caso concreto. Por último, analisa-se se foram observadas as regras procedimentais aplicáveis ao caso concreto, a exemplo da ampla defesa, do princípio do contraditório, dentre outras possíveis regras formais cuja ausência têm o condão de macular a atuação administrativa.

Por fim, questiona-se qual deve ser a atitude do magistrado na hipótese de anulação do ato administrativo discricionário, ou ainda na eventualidade de ausência de prática de ato discricionário quando a norma determinava a sua execução.

Sobre esta questão, atua o princípio da separação dos poderes, de modo que, tratando-se de ato discricionário que envolve o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público, o fato é que não é dado ao magistrado substituir a *mens* administrativa pela sua própria.

Nesta senda, na hipótese de omissão de realização de ato administrativo discricionário, a única determinação judicial possível é, além da constatação da mora, a fixação de prazo para a prática do ato administrativo. Por outro lado, no caso de anulação de ato eivado de vício insanável, o magistrado não pode indicar o conteúdo do ato administrativo substituto, mas

352FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 549.

353As etapas foram vislumbradas por Lucas Rocha Furtado em: FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 549.

deve limitar-se a anular o ato viciado, além de, naturalmente, deixar a cargo da administração a prática de novo ato³⁵⁴.

A postura acima mencionada decorre do princípio da separação dos poderes, bem como da noção de reserva da administração, já que nenhuma outra autoridade pode substituir o administrador público em sua atuação³⁵⁵.

Este racional não está adstrito à atividade administrativa, de modo que o controle dos atos discricionários alcança a totalidade da atividade estatal. Citando como exemplo a atividade do Poder Legislativo, é certo que, em relação à edição e aprovação da Lei Orçamentária Anual, é defeso ao Poder Judiciário, sob o argumento de aplicação do princípio da legalidade ou da eficiência, determinar que certos recursos devam ir para tal ou qual finalidade.

Outro elemento de grande relevância no controle da discricionariedade administrativa é o princípio da razoabilidade, que se traduz em controle da legitimidade do ato administrativo³⁵⁶. O referido princípio, ao lado do princípio da proporcionalidade, configura a porta de entrada do controle da eficiência dos atos administrativos.

Nesta linha de intelecção, ainda que uma regra abstratamente considerada possa conferir, aparentemente, ampla “liberdade” ao agente público, é fato que as circunstâncias do caso concreto definirão novos limites a este âmbito de atuação (a chamada moldura legal). De forma exemplificativa, imagine-se um regramento disciplinar que estabeleça que “*o servidor reincidente no cometimento de infração punível com advertência deve ser sancionado com penalidade de suspensão de 1 (hum) a 90 (noventa) dias*”. Percebe-se que a amplitude de atuação do agente em relação à norma abstrata é consideravelmente ampla.

De posse destes dados, imagine-se um hipotético servidor público, Josef K., que, ao se ausentar da repartição pública por um dia de forma injustificada, recebeu uma advertência do seu superior hierárquico. Ainda, imagine que Josef, após a advertência recebida, ausentou-se por mais um dia, também de forma injustificada, existindo perfeita adequação típica entre a norma acima referida e a situação concreta criada pela conduta de Josef K. Ora, em que pese a norma abstrata faculte a penalização em até 90 dias, é certo que a cominação, nesta situação, da pena máxima, pode ser questionada, tratando-se de análise de razoabilidade e, conseqüentemente, de legitimidade da norma criada para o caso concreto.

354FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 550.

355FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 892.

356FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 894.

Conforme já apontado supra, não se pretende, com o controle do princípio da razoabilidade, penalizar todo servidor público que não atingiu o resultado ótimo, ou que não atingiu a melhor opção de ação dentre as que lhe estavam disponíveis³⁵⁷. Isto porque a definição da solução ótima e todas aquelas muito próximas a ela podem não ser determináveis de forma objetiva em todas as situações, podendo, inclusive, variar conforme o juízo de cada administrador.

Em verdade, pretende-se, com a aplicação do princípio da razoabilidade, o afastamento das soluções absurdas e teratológicas, por estarem fora da moldura legal conferida ao administrador público. Isto porque no exame da legalidade ampla são sopesadas também as normas constitucionais e, sem dúvida, os princípios constitucionais, dentre eles, a razoabilidade e a eficiência, vetores interpretativos de toda e qualquer ação estatal.

É dizer, a eficiência é princípio essencial ao controle adequado da discricionariedade administrativa, em que pese a existência (já mencionada em tópico anterior) de corrente doutrinária³⁵⁸ que sustenta o pertencimento da eficiência ao mérito administrativo, insuscetível, portanto, de ser controlado pela via judicial.

Neste trabalho, *data venia*, discorda-se deste viés doutrinário, alinhando-se à corrente contrária³⁵⁹ cujo entendimento parte da noção já ventilada da discricionariedade administrativa como instrumento de eficiência e de atingimento das finalidades públicas. Neste diapasão, ao proceder discricionariamente, o agente público deve, pela natureza do seu mandato, selecionar a via com melhor custo-benefício para a Administração Pública, não cabendo a ele adotar solução ineficiente por motivos de conveniência e oportunidade.

Assim, todas as prerrogativas dispensadas ao administrador público são instrumentais e visam o atingimento do interesse público³⁶⁰ da forma mais eficiente possível, o que nos conduz à conclusão de que a conduta flagrantemente ineficiente é ilegítima, e passível de controle pelos órgãos competentes.

Por fim, cabe mencionar, sinteticamente, algumas questões que circundam a cognominada “discricionariedade técnica”, que consiste em variedade particular de discricionariedade da Administração Pública³⁶¹. Trata-se da discricionariedade em situações

357FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 895.

358Maria Sylvia Zanella de Pietro sustenta que o controle da eficiência pertence ao mérito da atividade administrativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005. p. 614

359FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 898.

360SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 103.

361FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 896.

marcadas por elevado tecnicismo, que, por sua prolixidade, podem dificultar o controle da legalidade, sem, contudo, afastá-lo.

Sobre a temática, existe cisão doutrinária acerca de tratar-se de discricionariedade administrativa ou de conceito jurídico indeterminado. Tal dúvida é relevante, considerando a diferença de escopo do controle em cada uma das situações, é dizer, enquanto na atividade discricionária deve-se, conforme dinâmica de alguns Ordenamentos Jurídicos, respeitar o núcleo de atuação do administrador, na situação envolvendo conceitos jurídicos indeterminados trata-se de atividade interpretativa, plenamente controlável pelo Poder Judiciário e pelo Controle Externo a partir do princípio da legalidade.

Francisco de Souza³⁶² lembra que a expressão “discricionariedade técnica” surgiu pelos ensinamentos do Professor Bernatzik da Escola de Viena, por volta de 1864, como expressão que denotava decisão que estaria fora do alcance do controle judicial devido à alta complexidade de seus conceitos e aspectos, de posse apenas dos administradores expertos. Não se entendia, portanto, como ato discricionário.

Na doutrina portuguesa hodierna, a discricionariedade técnica somente é passível de controle judicial na hipótese de erro manifesto. Nestes termos, Francisco de Souza desaprova o manejo do tema pelo sistema jurídico português criticando a vagueza do termo “decisão altamente técnica”, já que seus limites nunca serão claramente tratados.

Conforme já asseverado, este trabalho filia-se à corrente doutrinária que entende a discricionariedade técnica como uma discricionariedade administrativa, com a peculiaridade de que as opções dadas ao administrador envolvem critérios técnicos e complexos, dentre os quais ele deve eleger a que, no seu juízo, melhor atende o interesse público.

De forma exemplificativa, Lucas Rocha Furtado³⁶³ apresenta a situação onde o governo central deve optar por um padrão de televisão digital. Caso adotada a linha doutrinária que entende a discricionariedade técnica como uma elucidação de conceitos indeterminados, ter-se-ia que admitir que, dentre os padrões de televisão digital disponíveis, apenas um é o adequado, de modo que a decisão do governo central pode ser plenamente controlada pelos órgãos de controle.

Contudo, é hialino que questões altamente técnicas como a exposta acima envolvem inúmeras variáveis podendo-se presumir, inclusive, que até mesmo diferentes perícias realizadas acerca da questão atingiriam diferentes resultados. Assim, dentre as opções lícitas e

362Francisco de Souza *apud* TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009.

363FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 896.

dotadas de razoabilidade deve a Administração eleger, a partir do seu juízo de conveniência e oportunidade (nesta situação, altamente especializado), a que melhor atende o interesse público, ou, ao menos, aquela que não esteja entre as piores em termos de eficiência, efetividade e economicidade.

2.5. Exemplos de controle externo: Portugal, Brasil e Estados Unidos da América

2.5.1. Controle Externo financeiro em Portugal

Primeiramente, deve-se mencionar que em Portugal, não há constitucionalização expressa do princípio da eficiência como princípio constitucional, entretanto a eficiência está prevista no artigo 81, alínea c, que estabelece como incumbência prioritária do estado no âmbito económico e social “*assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público*”. Além disto, o artigo 267 do mesmo diploma maior prevê o funcionamento da Administração Pública de forma desburocratizada e através da racionalização de meios, dispositivos dos quais é possível extrair, de forma implícita, a eficiência no trato da coisa pública.

Em adição, na qualidade de estado-membro da União Europeia, a república Portuguesa está sob influência de sua legislação, estando submetida ao Direito Europeu³⁶⁴. Neste sentido, o influxo normativo da União Europeia permeia o Ordenamento Jurídico Português de normas que impõem a atenção do princípio da eficiência, através, por exemplo, do artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que trata do direito a uma boa administração e do qual é possível extrair a noção de eficiência nos procedimentos da Administração pública.

Feitas estas breves considerações, passa-se a tratar do sistema de controle externo das finanças públicas em Portugal.

O sistema português de controle da gestão pública adota o modelo de Tribunais de Contas à semelhança do modelo francês de *Cour de Comptes*, tendo ainda influência do sistema belga³⁶⁵, que influenciou a instituição do visto prévio, prevalente no modelo de controle português até os presentes dias.

364CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993.p. 1374.

365FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 272.

Remonta, em Portugal, à “Casa dos Contos”³⁶⁶ criada no fim do século XIII e seguida pelo Erário Régio, de modo que foi efetivamente fundado aos 10 de novembro de 1849, com hiato de existência em 1911 (quando foi substituído pelo “Conselho Superior de Administração Financeira do Estado”) e em 1919 (momento da criação do “Conselho Superior de Finanças”), sendo restaurado no ano de 1930, pelo Decreto nº 18.962.

A recriação do Tribunal, na década de 1930, foi engendrada através das reformas financeiras de Salazar. Naquela configuração, os membros da Corte de Contas eram nomeados pelo governo através da figura do Ministro das Finanças, configuração que permaneceu mesmo após o início da vigência da Constituição de 1976, cuja significativa contribuição para a instituição do Tribunal de Contas foi posicioná-lo definitivamente no rol dos tribunais de natureza jurídica da República Portuguesa³⁶⁷.

Imperioso mencionar que o Tribunal de Contas adquiriu grande independência a partir da revisão constitucional de 1989 que, além de agregar-lhe novas competências, determinou que os membros da Corte seriam escolhidos por um júri independente, e não mais pelo Ministro das Finanças. Ainda digna de registro na sintética descrição da história da mencionada Corte é a Lei nº 98/1997 que, a partir de recomendações tecidas por organizações internacionais de controle (em especial a INTOSAI), destinou ao Tribunal de Contas competência para analisar a qualidade da gestão pública, a partir de critérios de economia, eficácia e eficiência³⁶⁸.

Para tanto, goza de grande autonomia e independência, expressa através do autogoverno, a inamovibilidade e irresponsabilidade de seus membros, bem como da autonomia na confecção de seu orçamento.

O controle realizado é de forma preponderante um controle de legalidade, de modo que dentre suas competências destacam-se: (i) dar parecer sobre a conta geral do Estado, da Segurança Nacional, da Assembleia da República; (ii) realizar a fiscalização prévia da legalidade e da adequação orçamental de atos e contratos dos quais decorram despesas pública e (iii) verificar as contas dos organismos e entidades sujeitos à sua jurisdição. Conforme destaca João Catarino, sua competência, hodiernamente, se estende “à *apreciação da economia, da eficácia e da eficiência da despesa pública*”³⁶⁹.

366CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 105.

367FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 273.

368FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 273.

369CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 105.

Paz Ferreira³⁷⁰ ressalta a relevância da alteração introduzida pela Lei nº 42/2016 que, já em seu artigo 1º, 2, realizou a distinção entre controle financeiro e jurisdição, de modo que nesta se incluem as tradicionais funções do Tribunal de Contas, ao passo que por controle financeiro entendem-se as “novas” funções daquela Corte, a exemplo das auditorias que, malgrado não ocasionem a responsabilização direta, têm o condão de gerar a efetivação da responsabilidade financeira.

Assim, além da função jurisdicional, o Tribunal possui competências de outra natureza, a exemplo da emissão de parecer a respeito das contas do governo. Pronuncia-se, como já ressaltado, acerca da legalidade, economicidade, eficiência e eficácia³⁷¹ dos gastos públicos, assim como a respeito da higidez do controle interno.

De forma elucidativa, Nazaré Cabral³⁷² aborda as modalidades de verificação empreendidas pelo Tribunal de Contas que, hodiernamente, vão além da sua função jurisdicional típica, de modo a englobar funções mais densas e complexas. São elas: (i) o controle, que aborda questões de cunho normativo e na conformidade com a Lei em geral; (ii) a avaliação, consistente na abordagem crítica acerca de decisões, atos, contratos, dentre outros objetos, e (iii) as auditorias (em especial aquelas cognominadas operacionais e de gestão), que visam a eficiência e eficácia da atuação pública, através da análise de resultados, planejamento e acompanhamento de procedimentos.

É composto por 16 membros, além de um Presidente nomeado pelo Presidente da República para um mandato de 4 (quatro) anos, além de um juiz em cada uma das regiões autónomas, Açores e Madeira, dotadas, cada uma, de uma secção regional do Tribunal de Contas. Como elemento assegurador da independência supra referida, a escolha dos magistrados é feita através de concurso curricular³⁷³ e, uma vez empossados, possuem direitos e prerrogativas idênticos aos dos magistrados do Tribunal Superior de Justiça.

Em termos de sua atuação funcional, divide-se, na sede, em três secções especializadas³⁷⁴, de modo que a Primeira Secção é responsável pelo controle prévio e, eventualmente, o controle concomitante. Por sua vez, a Segunda Secção exerce o múnus de controle, auditoria e fiscalização sucessiva e concomitante. Por fim, a Terceira Secção cuida do julgamento de processos, da efetivação de responsabilidades e das multas cominadas.

370FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 270.

371Lei nº 98/97 art. 5º, I, “f”.

372CABRAL, Nazaré da Costa. MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 415.

373Artigos 18, 19 e 20 da Lei nº 98/97.

374Artigo 15 da Lei nº 98/97.

Analisando a estrutura daquela Corte de Contas, percebe-se que existe grande relevância depositada no controle prévio das finanças públicas através do sistema de vistos da atividade administrativa³⁷⁵. Em adição, é salutar a atenção voltada ao exame do controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados, considerando ser este, conforme já ressaltado neste trabalho, a primeira oportunidade de análise e o foco de controle mais próximo da *res pública*.

Sua função de fiscalização prévia nasce a partir da delegação de competências do Poder Legislativo, razão pela qual, ao tempo do Parlamentarismo, o Parlamento estava representado no Tribunal de Contas. Como ressaltado por Marcello Caetano³⁷⁶, este é o motivo pelo qual a ausência de visto pode ser sanada por um ato governamental.

Ainda, é notável que o principal instrumento de controle do citado tribunal é a auditoria, cujas modalidades vislumbradas naquela corte incluem a auditoria financeira, a de resultados (ou operacional), as auditorias integradas, as orientadas, as de projeto (ou programa), assim como as auditorias de sistema e as ambientais. Neste sentido, obedecem a normas prefixadas e encartadas no Manual de auditoria e de Procedimentos³⁷⁷, que espelha os princípios internacionais de auditoria.

É mister destacar a existência do Manual de Auditoria de Resultado³⁷⁸, editado no ano de 2016, que atrela os objetivos do procedimento aos chamados “três Es” (economia, eficiência e eficácia), ou, de forma evolutiva, aos “cinco Es” (eficiência, economia, eficácia, ética e meio-ambiente, derivado da expressão inglesa “*environment*”).

Especificamente acerca do aspecto eficiência, o manual a atrela à produtividade e à melhor relação entre os meios utilizados e o produto obtido, é dizer, carece de eficiência determinada operação quando “*a quantidade ou a qualidade das realizações ou dos resultados de uma entidade ou atividade puderem aumentar ou melhorar sem esforço dos meios utilizados*”³⁷⁹. Pode-se, como parâmetro de ação eficiente, utilizar, por exemplo, critérios como os resultados atingidos por entidades semelhantes, normas ou marcos

375CAETANO, Marcello. Manual do Direito Administrativo. Vol 1. p. 288.

376CAETANO, Marcello. Manual do Direito Administrativo. Vol 1. p. 289.

377O referido manual pode ser encontrado em: <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/NormasOrientacoes/ManuaisTC/Pages/Manuais-do-Tribunal-de-Contas.aspx>> Acesso em 07.03.2020.

378O referido manual pode ser encontrado em: <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/NormasOrientacoes/ManuaisTC/Pages/Manuais-do-Tribunal-de-Contas.aspx>> Acesso em 07.03.2020.

379Trecho extraído do Manual de auditorias de resultado supramencionado.

expressamente adotados como tal, ou períodos anteriores da mesma entidade, em face, por exemplo, do custo unitário do produto.

Em análise das decisões proferidas pela Corte ora ventilada, percebe-se no conjunto de seus julgados, a existência de decisões que se utilizam nominalmente do princípio da eficiência, em especial em se tratando de auditorias de resultado³⁸⁰, ou outras que, apesar de não utilizar o princípio como argumento exposto, se amparam em critérios de eficiência³⁸¹.

Além da Corte de Contas, desde o ano de 2012 funciona em Portugal o Conselho das Finanças Públicas, criado pela Lei nº 22/2011, antes mesmo da Legislação comunitária determinar³⁸² a criação de organismo independente de fiscalização do cumprimento das regras orçamentais, em resposta às crises financeiras vividas por grande parte da comunidade europeia no período mencionado.

Trata-se de organismo independente (pessoa coletiva de Direito Público) de fiscalização dotado de independência financeira garantida pelo orçamento do Estado e possuidor de alto grau de autonomia funcional, já que resta proibido de acatar instruções de autoridades orçamentárias ou qualquer outro organismo, seja público ou privado, além de ter seus membros escolhidos por critérios de competência e experiência.

Seu principal escopo é realizar avaliação independente acerca da transparência e sobretudo sustentabilidade da política orçamental, assegurando a saúde financeira do estado e contribuindo para o aumento de qualidade da democracia praticada em Portugal³⁸³.

Neste diapasão, possui dentre suas atribuições a pretensão de avaliar o cumprimento e a sustentabilidade da política orçamental a médio e longo prazo, pronunciando-se acerca das previsões macroeconómicas que subjazem a referida política. Deve, ainda, acompanhar a execução orçamentária e a evolução e sustentabilidade da dívida pública³⁸⁴. O seu foco no presente e especialmente na sustentabilidade futura das contas públicas é nota distintiva em relação à atuação do Tribunal de Contas.

380A título exemplificativo, menciona-se a auditoria de resultado que culminou no Relatório nº 26/2011 – 2ª Sessão, e Relatório de auditoria nº 14/2014-2ª Sessão.

381A título exemplificativo, menciona-se o acórdão 03/2014 de 28.01.2014, que tratou de fiscalização prévia. Em que pese não existir menção expressa ao princípio da eficiência, é possível concluir que a Corte se valeu do conceito de *Value For Money*.

382Diretiva nº 2011/85/UE e Regulamento UE nº 473/2013 de 21 de maio de 2013 do Parlamento Europeu e do Conselho.

383CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 106.

384CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 106.

Em sua composição, o órgão responsável pelas atribuições acima mencionadas é o Conselho Superior, composto por 05 (cinco) membros. Conforme ressaltado pela OCDE no relatório de 2019 intitulado “Avaliação das Instituições Orçamentais independentes: Conselho de Finanças Públicas”³⁸⁵, o organismo em lume já ocupa papel de destaque nos debates nacionais acerca da temática orçamentária, que produz análises de elevada qualidade acerca das finanças públicas portuguesas.

2.5.2. Controle Externo nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América adotam o modelo de Auditor Geral, personificado através do *Government Accountability Office*³⁸⁶, que passou a chamar-se desta forma após reforma estrutural realizada no ano de 2004, momento até o qual denominava-se *General Accounting Office*. A aludida reestruturação fora marcada pela mudança de uma análise estritamente contábil para o controle de amplo alcance, envolvendo *accountability* governamental, produtividade e eficiência.

Trata-se de órgão do Poder Legislativo, sendo cognominado, por vezes, de “*congressional watchdog*”, cuja missão é fiscalizar a forma de dispêndio de verbas públicas, fornecendo ao congresso, seus membros e às agências federais informações objetivas, tempestivas, apartidárias e confiáveis, com o escopo de evitar gastos desnecessários e incrementar a eficiência da atuação governamental.

Para tanto, foi-lhe conferida independência de atuação, traduzida em determinados aspectos de seu funcionamento, *inter alia*, a designação de seu controlador geral (seu cargo máximo) para um mandato de 15 (quinze) anos, pairando acima, em tese, de interesses partidários ou de governantes de ocasião. Assim, a demissão do controlador geral não pode ser desmotivada, ou amparada em motivos de afinidade partidária ou ideológica, necessitando ser plenamente justificada, conforme o julgado *Humphrey’s executor x United States*, exarado pela Suprema Corte Americana em 17 de maio de 1935, de acordo com o qual a Constituição não fornece ao presidente poderes ilimitados de remoção do aludido dirigente³⁸⁷.

385Avaliação de Instituições Orçamentais Independentes: Conselho das Finanças Públicas (2019) Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/budgeting/portuguese-public-finance-council-review-highlights-2019-pr.pdf>> . Acesso em 07.03.2020.

386As informações acerca do funcionamento, atribuições e decisões foram obtidas no site oficial da instituição: www.gao.gov (consulta em 14.03.2020).

387Humphrey’s executor x United States. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/295us602>>. Consulta em 18 de março de 2020.

Sua forma de atuação consiste, de forma exemplificativa, na emissão de relatórios requeridos por comitês do congresso ou membros do parlamento, acerca de questões específicas do funcionamento da máquina pública, em decisões legais e opinativos (*legal decisions and opinion*) acerca de impugnações da adjudicação de contratos federais (*bid protests*), realização de auditorias e emissão de decisões acerca do uso e *accountability* de fundos públicos, incluindo potenciais violações do chamado *antideficiency act*³⁸⁸.

De forma exemplificativa, no Relatório Anual de 2019 exarado pelo GAO, foram feitas diversas recomendações em relação aos diversos setores governamentais, no tocante à eficácia, economicidade e eficiência, como, por exemplo:

- O departamento de energia poderia, potencialmente, deixar de despender bilhões de dólares caso desenvolvam um programa estratégico para incrementar a qualidade das tomadas de decisão no tocante à neutralização e descarte de lixo radioativo e perigoso, para endereçar grandes riscos ao meio ambiente e à saúde humana.
- Os centros para disponibilização de serviços de *Medicare* e *Medicaid* poderiam economizar, potencialmente, centenas de milhões de dólares através da melhoria de seus métodos de supervisão das despesas do *Medicaid* para identificar e solucionar erros.
- O Departamento de Defesa poderia expandir a utilização de acordos intergovernamentais para obter serviços de apoio às instalações militares, a exemplo dos serviços de descarte de lixo e remoção de neve, economizando, potencialmente, milhões de dólares anuais.

Para o exercício de seu relevante múnus, o GAO possui diversos manuais de procedimento, sendo o mais célebre entre eles o cognominado *Yellow Book – Government audit Standards*³⁸⁹, cuja edição mais recente fora divulgada em 2018. Na mencionada edição, uma das mudanças de relevo para o presente trabalho são o foco em coibir o desperdício, a fraude e o abuso de prerrogativas no trato com a coisa pública, além da posição de destaque para a Auditoria de Performance.

No tocante a esta última modalidade de auditoria, conforme o *Yellow Book*, trata-se de procedimento fiscalizatório que fornece análise objetiva, achados e conclusões para assistir a

388Proíbe que sejam despendidos fundos sem a correlata existência de receita (Public Law 97-258). Disponível em: <<https://www.gao.gov/legal/appropriations-law-decisions/resources>> acesso em 18.03.2020.

389As informações acerca do conteúdo do yellow book foram obtidas através da consulta ao endereço eletrônico <<https://www.gao.gov/assets/700/693136.pdf>> em 18.03.2020.

gestão dos fundos públicos com o intuito de aperfeiçoar a performance de programas governamentais, reduzir custos, facilitar o processo de tomada de decisão na gestão de recursos públicos, contribuindo com o *accountability* governamental.

A auditoria de performance, estreitamente relacionada com a fiscalização da eficiência da gestão pública, pode incluir relevantes aspectos como a efetividade de programas, é dizer, se determinado programa governamental está atingindo as metas e objetivos previamente estabelecidos, bem como os custos necessários para atingir os referidos resultados. Tais análises podem envolver a avaliação da habilidade hipotética de procedimentos alternativos em atingir resultados similares ou melhores, ou ainda a avaliação acerca da possível eliminação de fatores que podem inibir a efetividade do programa analisado.

Em adição, além da referida análise combinada de custos e resultados (*inputs* e *outputs*), cabe ao GAO, através das auditorias de performance, realizar auditorias de controle interno, avaliando um ou mais aspectos das entidades de controle interno dos diferentes órgãos e agências governamentais.

Dentre as áreas objeto de recomendação do GAO, em uma análise cujo objeto foram as recomendações de 1983 a 2014, a área de educação é apontada como uma das áreas cujas recomendações são mais efetivas, no sentido de serem seguidas de implementações e correções realizadas pelo órgão ou entidade objeto da análise. De modo diverso, entre as áreas de menor alcance e eficácia de suas recomendações estão os serviços de saúde e transporte, além das recomendações que envolvam membros do alto escalão governamental.

2.5.3. O Controle Externo no Brasil

O Brasil adota o modelo latino de controle externo, manifestado através de Cortes de Contas cuja expressão, em âmbito nacional, é o Tribunal de Contas da União, presente no *caput* do art. 71 da Constituição da República Federal Brasileira.

Surgiu, originalmente, a partir da edição do Decreto-Lei nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, de modo que foi inserido na Constituição de 1891³⁹⁰. Em que pese a sua criação formal, por meio dos instrumentos legais e constitucionais, sua implementação não foi imediata, cabendo ao jurista Ruy Barbosa e outros nomes notáveis a demonstração de sua importância e o início do seu funcionamento, no ano de 1892.

390 Algumas informações acerca da história do TCU foram obtidas a partir do *website* da instituição. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia-do-tcu.htm>> consulta em 19.03.2020.

A atual Constituição cidadã de 1988 estabelece, em seu artigo 70, que a fiscalização das entidades públicas será realizada pelo Congresso Nacional, figura responsável pelo controle externo, bem como pelo controle interno de cada Poder. Deste modo, a referida fiscalização tem como enfoque os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de recursos de subvenções e renúncia de receitas.

Neste múnus afetado ao Congresso Nacional, lhe auxiliará o Tribunal de Contas da União (conforme o artigo 71 da Constituição do Brasil), na qualidade de órgão técnico especializado no controle de receitas e despesas públicas, diferentemente do Congresso Nacional que, malgrado possua a legitimidade e o título de “casa do povo”, carece da formação técnica necessária para a análise adequada dos aspectos supra relacionados.

Neste sentido, apesar de se tratar de instituição dita “independente”³⁹¹, e dotada de características que garantem relevante grau de autonomia, o TCU integra o Poder Legislativo de modo que é impossível não notar que a Constituição o posiciona como Instituição auxiliar do Congresso Nacional, o que não é bem recebido por parte da doutrina.

Trata-se de Corte híbrida, porém não jurisdicional, no sentido de não ser dotada de “jurisdição” em seu sentido estrito (*juris dicere*). Suas decisões fazem coisa julgada administrativa, de modo que podem ser revistas pelo Poder Judiciário, especialmente sob os aspectos formais e relacionados às possíveis nulidades, respeitando-se o mérito da decisão.

Possui orçamento próprio³⁹² e é integrado por nove ministros designados dentre brasileiros cumpridores de determinados requisitos, *inter alia*, possuir reputação ilibada e idoneidade moral, além de notórios conhecimentos em áreas afetas à atividade da Corte de Contas. Um terço dos ministros é escolhido pelo Presidente da República e necessita de aprovação do Senado Federal, sendo que, desta cota, um deve ser oriundo dos auditores de carreira do Tribunal e um do Ministério Público de Contas que atua junto ao TCU. O restante dos Ministros é escolhido pelos membros do Congresso Nacional.

Para assegurar sua independência, os Ministros são dotados das mesmas prerrogativas que os seus pares equivalentes do Poder Judiciário, como a inamovibilidade, vitaliciedade e demais garantias dos membros do aludido poder. Em que pese este rol de prerrogativas, a indicação puramente política impera na maior parte dos casos de designações para Ministros

391E assim deve ser, consoante estabelece a Declaração de Lima de 1977 da INTOSAI disponível em <<https://www.internationalbudget.org/wp-content/uploads/LimaDeclaration.pdf>>. Consulta em 19.03.2020.

392Lei Complementar do Brasil nº 101/2000.

ou Conselheiros de Contas, cenário em que existem julgadores que não possuem conhecimento técnico para exercer este relevante múnus e, ainda, possuem estreita afinidade com partidos ou grupos políticos, o que retira parte da tecnicidade da atuação dessas Cortes no Brasil.

Quanto às suas atribuições mais relevantes, cabe ao TCU ofertar parecer prévio acerca das contas do Presidente da República, tratando-se de relatório opinativo a ser enviado para o Congresso Nacional, órgão que julga as referidas Contas. Em adição, cabe ao Tribunal o julgamento das contas dos demais detentores e gestores de verbas públicas, podendo cominar penalidades e determinar ressarcimentos, a sustação de atos administrativos e o requerimento da suspensão de contratos.

Deve, ainda, prestar informações ao Congresso Nacional, quando instado, além de realizar auditorias e inspeções, por impulso do Congresso Nacional ou por iniciativa própria. Em consonância com a moderna importância do controle social, deve dar andamento a denúncias e requerimentos ofertados por cidadãos comuns, investigando irregularidades apontadas, uma vez preenchidos certos requisitos estabelecidos em lei.

Da análise de seus julgados, depreende-se que o TCU utiliza o princípio da eficiência, não apenas no bojo das auditorias operacionais, mas em processos diversos. Para ilustrar a atuação daquela Corte, traz-se à colação julgado exarado no bojo do processo nº 018.739/2012-1, que trata de auditoria operacional com o escopo de analisar a transferência da gerência de atividade de saúde para Organizações Sociais. Nos referidos autos, foram apontadas falhas e feitas recomendações aos gestores públicos, em fiscalização *a posteriori*.

Neste diapasão, recomendou-se que no processo que disciplinou a referida transferência deve-se analisar, através de estudo detalhado, a vantagem (econômica e em qualidade de serviço) em retirar a gerência dos serviços de saúde da gestão pública e conferir-lhe à gestão privada, avaliando os custos envolvidos nas duas hipóteses e o *outcome* de cada uma, em franca análise de eficiência.

Contudo, percebe-se que, no caso em tela, a análise feita após a celebração do contrato não possibilita que o Poder Público adote a solução mais eficiente, possuindo apenas viés educativo, punitivo, e, caso apurado o desperdício de recursos públicos, uma pretensão de ressarcimento, cuja concretização não é garantida.

Capítulo 3: Instrumentos de Controle do Princípio da Eficiência

Nos capítulos antecedentes foram apresentadas posições doutrinárias em defesa da promoção do controle do princípio da eficiência administrativa e do fortalecimento do mencionado princípio, como ferramenta de escolha na concretização dos direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, nada mais justo que apresentar um elenco exemplificativo de instrumentos que servem o controle do mencionado princípio, cuja adoção fornece aspectos técnicos ao controle realizado, minimizando o arbítrio do julgador e incrementando a segurança para o agente público, ao tornar a fiscalização objetiva.

Alguns destes instrumentos podem ser utilizados pelo administrador público na tomada de decisão (v.g., a informação de performance), e outros são típicos da atividade de controle, e usualmente manejados de forma concomitante ou posterior (a auditoria operacional, por exemplo).

O que todos têm em comum é a viabilização de um padrão de eficiência, libertando-a da pecha de recurso retórico e promovendo-a a princípio norteador da atividade administrativa.

3.1. O Modelo de Auditoria

Como anteriormente explanado, o controle é a certificação de que determinado procedimento está em conformidade com parâmetros preestabelecidos³⁹³, podendo ser praticado pelo povo, através do controle social, pelo Poder Judiciário, pelo *Parquet*, pelo Poder Legislativo ou por órgãos criados especificamente para exercer a função de controle externo da Administração Pública. Conforme relato da doutrina abalizada, o controle da gestão da coisa pública é encontrado nas formas mais rudimentares de Estado. Como exemplo, Brown Ribeiro³⁹⁴ menciona resquícios de fiscalização por volta de 3.200 A.C. no Egito antigo.

Como visto, na atualidade, a maioria dos países possui um órgão de natureza específica afetado à realização do controle externo, valendo-se, em sua maioria, da técnica da auditoria para realizar seu múnus³⁹⁵.

393MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

394BROWN RIBEIRO, Renato Jorge. **Controle externo da Administração Pública Federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

395FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

O conceito de auditoria pode variar conforme a sua natureza, já que os diferentes tipos de auditoria possuem peculiaridades e características próprias. Contudo, pode-se dizer que se trata de um processo sistemático, necessariamente documentado e de caráter independente, com o fito de avaliar de forma objetiva uma situação determinada, de modo a determinar o atendimento de critérios, e documentar os resultados desta análise a um destinatário.

A auditoria constitui o mais completo instrumento³⁹⁶ do controle externo das políticas públicas e dos gastos públicos. Em seu âmbito é verificada a existência de ilegalidades ou deficiências no desempenho da Administração pública, podendo ainda sugerir soluções para a resolução das questões identificadas.

Conforme é cediço, na maior parte dos sistemas de controles de Contas Públicas, os gestores têm o dever anual de apresentar a documentação referente aos gastos públicos³⁹⁷, de modo que os dados apresentados são muitas vezes insuficientes para refletir a realidade da gestão, não recebendo total confiabilidade. Assim, tornou-se conveniente que os órgãos de controle detivessem a competência de aferir, *sponte* própria, a higidez dos procedimentos de gestão dos recursos públicos.

A necessidade de verificação da regular aplicação de recursos por um terceiro independente deriva de alguns fatores, quais sejam: (i) o conflito de interesses, considerando que o agente que age por delegação pode utilizar os recursos para benefício próprio em detrimento do bem comum; (ii) a distância entre execução de despesas e o agente delegante, que precisa, por isso, ser informado acerca da forma de aplicação dos recursos confiados ao agente delegado; (iii) complexidade, é dizer, o agente delegante pode não possuir o preparo técnico para analisar, ele mesmo, a regularidade da transação.

Conforme Sérgio Jund, o propósito central da auditoria, a depender de sua modalidade, pode ser certificar a legalidade e legitimidade dos atos da administração e perquirir os resultados atingidos, inclusive quanto à eficiência e eficácia, bem como quanto a aspectos contábeis, finalísticos, financeiros, orçamentários, patrimoniais e operacionais da gestão pública³⁹⁸.

Numa perspectiva remota, os primeiros relatos de rudimentos de processos semelhantes ao que hoje chama-se auditoria são encontrados na Babilônia e Mesopotâmia por

396FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 944.

397FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby.–**Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 365.

398JUND, Sérgio. **Auditoria**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 42

volta de 3.000 A.C., momento histórico no qual o procedimento tinha o escopo único de verificar a existência de bens.

As origens modernas do instituto remontam ao Reino Unido³⁹⁹, na *Cour des Comptes* da França de 1318, e no *Algemene Rekenkamer* da Holanda de 1386⁴⁰⁰, sendo que a atividade de auditoria se desenvolveu sobremaneira no século XIX como uma solução para a necessidade de informações financeiras objetivas e confiáveis acerca das recém surgidas corporações empresariais, por parte de acionistas, bancos e outros atores do mercado⁴⁰¹.

Conforme menção do Comitê de Revisão do Funcionamento das Instituições Financeiras, “a necessidade de accountability financeiro existe desde que se tornou necessário que um indivíduo confiasse a administração de seus bens ou negócios a outro”⁴⁰². Assim, a noção da análise de um auditor independente foi inserida na gestão pública, como elemento garantidor da boa gestão da coisa pública⁴⁰³.

Neste sentido, conforme sugestão da OCDE, a avaliação da administração pública consiste na “análise sistemática e objetiva de uma política pública, programa social ou qualquer ação governamental, finalizada ou em fase de execução, que examina sua concepção, implementação, desempenho e resultados com o propósito de determinar a relevância, o grau de realização de seus objetivos, sua eficiência, eficácia, efetividade e sustentabilidade do ponto de vista do desenvolvimento”⁴⁰⁴.

No Brasil, apesar de inicialmente aventada no ano de 1957, quando constituído o Instituto dos Contadores Públicos do Brasil, a atividade de avaliação somente foi reconhecida

399MARÇOLA, Célia. **Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública**. Disponível em: < <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/62> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

400BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 162.

401GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

402“The need for financial accountability has existed ever since it became necessary for one individual to entrust the care of his possessions or business to another.” — Committee to Review the Functioning of Financial Institutions (Wilson Committee), 1980, extraído do artigo “**The Role of Auditing in the public sector governance**”. Disponível em:

<https://na.theiaa.org/standards-guidance/Public%20Documents/Public_Sector_Governance1_1_.pdf >. Acesso em 25 de agosto de 2020.

403GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

404BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 147.

em caráter oficial no ano de 1968, pelo Banco Central do Brasil⁴⁰⁵, após sua constitucionalização em 1967, durante o período do governo militar.

Os primeiros programas sociais a serem avaliados estavam inseridos nos domínios da saúde e da educação, durante o início do século XX. Contudo, foi apenas a partir da década de 1950, a partir do amadurecimento das ciências estatísticas, da coleta de dados e do desenvolvimento dos computadores que houve maior estímulo, em escala mundial, para a realização deste tipo de aferição⁴⁰⁶.

Nos Estados Unidos da América, houve a preocupação em avaliar o resultado da aplicação de bilhões de dólares na área social na década de 1960, além de determinar a efetividade do auxílio oferecido a países em desenvolvimento através da injeção de recursos em programas sociais, gerando grande pressão e estímulo para o desenvolvimento dos métodos e rotinas de avaliação. Nesta época, existiu, dentre os cientistas sociais, grande preocupação com a aplicação rigorosa de métodos científicos, com a validade dos instrumentos de pesquisa e com a interpretação objetiva dos resultados dos experimentos realizados⁴⁰⁷.

Como desdobramento deste amadurecimento dos métodos de avaliação, surge, a partir da década de 1970, a preocupação com prover de utilidade as conclusões atingidas pelas avaliações realizadas, é dizer, inseri-las no processo de tomada de decisão dos agentes públicos, utilizando-as para melhorar o setor público⁴⁰⁸.

Neste contexto fincou-se como essencial à análise da gestão pública a auditoria contábil, que constitui um plexo de procedimentos e técnicas com o escopo de avaliar operações e atividades realizadas por determinada empresa ou ente público, de modo a determinar a sua correção, eficiência, eficácia ou eventuais irregularidades, analisando se as atividades empreendidas estão conforme as previamente estabelecidas, emitindo relatório conclusivo, de modo a auxiliar o administrador público na condução da gestão, evidenciando a ocorrência de erros ou malversação⁴⁰⁹.

405MARÇOLA, Célia. **Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública**. Disponível em: < <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/62> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

406BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 148.

407BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 148.

408BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 147.

409MARÇOLA, Célia. **Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública**. Disponível em: < <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/62> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Assim, sob o aspecto da conformidade contábil, o instrumento em lume visa determinar se as demonstrações contábeis representam o retrato fidedigno do real cenário financeiro, econômico e patrimonial de determinada empresa privada ou ente público. Este instrumento possui baixo viés crítico, considerando que a fiscalização em lume é estritamente parametrizada pelo escorço legal⁴¹⁰.

Nesta linha de intelecção, o seu amplo escopo a torna inadequada para investigar irregularidades em um contrato ou ato determinado. Para este tipo de perquirição, o instrumento adequado é a inspeção⁴¹¹. De forma diversa, a auditoria é um processo de grande alcance que possui a função de apurar o bom funcionamento de departamentos e setores públicos, como, por exemplo, setores responsáveis por compras públicas e pela gestão de patrimônio.

A atividade de auditoria oferece suporte a importantes aspectos da governança pública, em especial, à supervisão, à informação e à previsão⁴¹². O primeiro destes aspectos, a supervisão, presta-se a verificar se a atividade pública está orientada conforme as metas previamente traçadas, em conformidade com as normas legais aplicáveis, servindo ainda para detectar malversação de recursos públicos e corrupção.

Por outro lado, a faceta da informação auxilia na tomada de decisão por parte dos agentes públicos ao oferecer análise independente da aplicação de programas de governo e políticas públicas. Por fim, o aspecto da previsão busca antecipar tendências e obstáculos vindouros para moldar as políticas públicas conforme os desafios antevistos pela análise empreendida pelas auditorias.

Em adição, quando eficaz, a realização de auditorias tem o condão de fortalecer o controle social através do fornecimento de informação à população acerca do modo como é gerida a coisa pública. Assim, sem acesso à informação de qualidade, a sociedade civil não possui as armas necessárias para desempenhar seu papel no esquema de controle externo da Administração Pública.

São, portanto, diversos os objetivos e utilidade desta avaliação, podendo-se mencionar: (i) o fornecimento de dados e informações confiáveis e úteis ao gestor, que pode refletir acerca das decisões realizadas e, em relação às decisões futuras, possuir maior

410FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby.–**Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 365.

411FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 944.

412**The Role of Auditing in the public sector governance**. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/Public_Sector_Governance1_1_.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

substrato para a sua definição; (ii) proporcionar o redesenho de políticas públicas com maior eficiência; (iii) o incremento do *accountability* na gestão pública, já que as auditorias podem culminar na penalização dos agentes responsáveis por decisões deletérias ao interesse público; (iv) a redução do nível de incerteza nas ações da administração pública de interferência em políticas públicas e (v) incremento do controle social sobre políticas públicas e programas sociais.

Todos estes aspectos podem ser resumidos da seguinte forma: a auditoria, em relação ao objeto analisado, tem o fito de “*conhecer seus fatores positivos, apontar seus equívocos e insuficiências, com a finalidade de buscar seu aperfeiçoamento ou reformulação*”⁴¹³.

A realização de uma auditoria usualmente pode ser deflagrada *ex officio* pelo órgão de controle ou solicitada pelo Parlamento, poder usualmente responsável pelo controle externo da atividade administrativa. Certo é que existem fatores políticos infiltrados em todas as fases de implementação das políticas públicas⁴¹⁴. Assim, naturalmente, a política está presente na identificação do problema (a necessidade pública), no desenho da política pública, sua implementação, monitoramento e, invariavelmente, na fase de avaliação, de modo que nesta fase é crucial que a influência política seja minimizada para assegurar a confiabilidade dos dados encontrados.

Elemento essencial para a higidez de qualquer auditoria é a independência dos profissionais que realizam a atividade de fiscalização, característica tão importante para a veracidade dos achados de auditoria quanto o conhecimento especializado que deve fazer parte do rol de *expertise* destes profissionais⁴¹⁵. Esta independência pode ser definida como a imparcialidade e a ausência de pressões externas capazes de influenciar a conduta do auditor⁴¹⁶.

No chamado “*Yellow Book*”, documento que sintetiza os padrões de auditoria governamental do *Government Accountability Office* dos Estados Unidos da América, a

413BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 149.

414BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 151.

415GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel’s State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

416GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel’s State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

entidade expõe que o auditor deve ser livre de impedimentos pessoais ou externos à independência, além de imperativamente ser independente da organização que audita⁴¹⁷.

É bem verdade que a independência em questão é mais comum no setor privado do que no setor público, onde os meandros da política e o temor reverencial suscitado por determinadas autoridades enfraquecem esta pedra basilar da condução adequada de auditorias públicas.

De todo modo, alguns elementos podem garantir ou assegurar maior independência para os membros das entidades de auditoria, *inter alia*: (i) as garantias de estabilidade ou vitaliciedade dos membros do corpo de auditoria, (ii) a garantia de suprimento dos recursos necessários à realização dos trabalhos de fiscalização, (iii) a autonomia dos auditores em gerir os seus subordinados, incluindo as prerrogativas de contratação, demissão e padrão remuneratório, (iv) a liberdade na escolha das áreas ou programas a serem auditados, além da (v) possibilidade de publicar e divulgar os achados de auditoria, agregando relevância social ao trabalho realizado⁴¹⁸.

No Direito Comparado, a doutrina menciona o *Comptroller General* dos Estados Unidos da América como um exemplo de considerável independência, considerando a extensão do seu mandato, de 15 anos, não renovável, nomeado através de uma indicação presidencial seguida de confirmação pelo Senado. Assim, não será persuadido pela possibilidade de continuar no cargo para um segundo termo, além de ter a segurança de permanecer por longos 15 anos no cargo, acima da influência das autoridades investigadas. Possui também ampla liberdade de gestão de pessoal e orçamento atrelado ao parlamento, imune ao controle por parte do Poder Executivo⁴¹⁹.

Além da independência, é crucial que a entidade responsável pela auditoria possua acesso irrestrito às instalações, documentos e servidores da entidade auditada. Por isso, é imperativo que os direitos, prerrogativas e deveres do auditor sejam estabelecidos em documento legal de escol, determinando o dever de todo agente público de colaborar com a

417GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

418GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

419GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

realização da auditoria, sob pena de sanção funcional⁴²⁰. Elemento que igualmente não pode ser negligenciado é o apoio das partes interessadas, a exemplo da população, da mídia e do Poder Legislativo, sem os quais a realização de auditorias se torna meramente figurativa.

Acerca da participação da sociedade civil, Kassai⁴²¹ destaca que, para promover o controle social de forma adequada, os indicadores de avaliação das políticas públicas devem ser elaborados de forma objetiva, preferencialmente em formato quantitativo, de modo a diminuir subjetividades, além de ser mensurados e expostos de forma a permitir a comparação de performance histórica e de diferentes regiões, inserindo o resultado encontrado em um contexto. Devem, ainda, ser redigidos de forma compreensiva, traduzindo os termos técnicos e jargões contábeis para que os achados possuam significado para o cidadão comum.

Além destes elementos que permitem o fortalecimento do instituto da auditoria, existem fatores adicionais mencionados pela doutrina abalizada⁴²², a exemplo da *accountability*, tema já explorado no presente trabalho, da transparência e da integridade na atuação dos agentes públicos.

Nesta linha de intelecção, a transparência é elemento chave do governo democrático, e pode ser definida como o fornecimento e divulgação de informações relevantes de forma clara e didática acerca da gestão pública, como regra geral, ressalvadas situações específicas a exemplo da segurança nacional. De forma análoga, o procedimento dos agentes estatais deve ser público e realizado sempre “à luz do dia”.

O princípio da integridade determina que todos os agentes públicos ajam conforme os padrões éticos adotados pela Administração Pública. A falta de credibilidade do governo perante os cidadãos, resultante de atos de corrupção e transparência limitada, retira a legitimidade dos agentes públicos e compromete o aspecto democrático da condução do Estado.

Considerando que a finalidade precípua do Estado é atender às necessidades públicas e prover serviços de interesse da sociedade, as auditorias realizadas no referido setor devem avaliar o atendimento finalístico do dispêndio realizado ou da política pública sob escrutínio, é dizer, sua efetividade, eficiência e economicidade, de forma a melhor atender aos interesses sociais.

420 **The Role of Auditing in the public sector governance**. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/Public_Sector_Governance1_1_.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

421 Silvia Kassai *apud* BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 152.

422 **The Role of Auditing in the public sector governance**. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/Public_Sector_Governance1_1_.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Feitas estas considerações acerca dos fatores cuja presença fortalecem os achados de auditoria, faz-se mister explicar as modalidades deste instituto, partindo da auditoria de conformidade e finalizando com os mais atuais tipos de auditoria, a exemplo da auditoria operacional e forense.

Destaca-se que a existência das chamadas auditorias “mais atuais” não dispensa o manejo das modalidades ditas “clássicas”, já que cada uma delas atende a diferente finalidade na análise da gestão pública.

Deste modo, a evolução da auditoria ocorreu como resposta à evolução da atuação do Estado. Nesta linha de raciocínio, como a prestação estatal se tornou mais profusa e complexa, o procedimento de auditoria também sofreu transformações para atender a nova realidade dos gastos públicos. Assim, com o surgimento dos programas sociais, o foco da auditoria deixou de ser a análise de transações individualmente consideradas, e passou a constituir também a avaliação da efetividade do gasto público, ou do atingimento das metas de determinada política pública, em uma análise macro e finalística.

Conforme já mencionado, os aspectos analisados em uma auditoria que recai sob a gestão da *res* pública são de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial ou de desempenho. Hodiernamente, não se pode olvidar de outros critérios avaliativos de relevo, como, por exemplo, a sustentabilidade, o custo-efetividade, a satisfação do beneficiário, a relevância, a adequação da ação pública, além da sua coerência e compatibilidade⁴²³. Todos estes aspectos convergem para a verificação da presença de eficiência na ação pública.

Em termos de classificação, as auditorias podem ser divididas em auditorias internas e externas. A auditoria interna é aquela realizada no âmbito do próprio órgão ou setor que desempenha a função pública, seja pelo controle hierárquico, seja por um controlador interno, a exemplo da Controladoria Geral da União, no Brasil. Cumpre ressaltar que, ainda que se diga “interna”, deve atuar com independência e isenção.

Sua importância é ímpar, considerando que, ante a pluralidade de demandas públicas e dispêndio de recursos, a auditoria interna é a primeira oportunidade de detecção e correção de irregularidades, podendo, inclusive, antecipar-se a estas ocorrências, antes mesmo da detecção pelo Tribunal de Contas ou Auditor Geral, a depender do modelo de controle externo adotado pelo país em questão.

423BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 147.

A auditoria externa, como denotado pelo próprio nome, consiste na realização do procedimento por órgão alheio ao órgão auditado, e possui a vantagem da independência em relação à auditoria interna, de modo que seu relatório final pode fornecer informações com diversas finalidades, dentre elas, o julgamento de contas empreendido pelo Tribunal de Contas.

Podem, ainda, ser classificadas em auditorias de conformidade (cujo viés é de enquadramento da gestão empreendida ao Ordenamento Jurídico), ou auditorias operacionais, que, por sua vez, dividem-se em: (i) auditorias de desempenho operacional, voltadas para a análise da eficiência e eficácia de determinada política pública e (ii) a auditoria cognominada “avaliação de programa”, voltada para a determinação da efetividade de programas governamentais⁴²⁴.

A auditoria de conformidade pode ser, tradicionalmente, de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial. A auditoria contábil, mais conhecida e difundida, é técnica oriunda do ramo da contabilidade pública, e foi, historicamente, das primeiras modalidades de auditoria empreendidas, ainda na era dos Estados Modernos, com o escopo de conter a ânsia arrecadatória estatal, garantindo a capacidade contributiva dos cidadãos.

Seu advento remonta, a partir de relatos da doutrina, ao Estado inglês no ano de 1314, primeira grande monarquia a ser contida pela dinâmica de controle do parlamento, poder que, hodiernamente, possui a missão de assegurar a higidez do patrimônio econômico do Estado⁴²⁵. Seus principais benefícios consistem na redução da ineficiência, negligência e improbidade no trato da coisa pública através do respeito às rotinas contábeis. Promove o controle adequado dos bens públicos através das técnicas de inventário e depreciação contábil, incrementando, de modo geral, a *accountability* do setor público e, por consequência, a legitimidade do Poder⁴²⁶.

Em que pese as vantagens descritas, o método de auditoria contábil possui limitações, razão pela qual deve ser utilizada de forma conjugada com outras formas de avaliação. Sua principal limitação consiste na incapacidade de detectar irregularidades para além de inconsistências contábeis, por exemplo, questões institucionais ou desvio de finalidade do gasto público. Em adição, como todo método de controle, a auditoria contábil foi vislumbrada

424FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 944.

425BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 155.

426BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 156.

para detectar equívocos, fraudes e desvios, mas não é suficiente para evitá-los. É um estímulo à correção, porém, sem força institucional ou “vontade política” para implementar suas conclusões, a auditoria será inócua.

Na sequência encontra-se a auditoria financeira, que dispõe acerca do trânsito de recursos públicos, do endividamento do Estado (crédito e dívida pública) e da sua atividade financeira de maneira geral. Este controle é realizado de forma precípua pelos Tribunais de Contas ou *Audit Boards*/Auditor Geral e pelo Poder Legislativo. Conforme ressaltado por Ana Carla Bliacheriene⁴²⁷, este modelo é afeto a guerrear práticas de “contabilidade criativa”, o uso de empresas públicas para fins que fogem ao princípio republicano, bem como é adequado a promover o controle do endividamento dos entes públicos, questão sensível nas finanças públicas, de modo geral.

Quanto às auditorias orçamentárias, sua análise tem por parâmetro de controle a Lei (ou leis) Orçamentária, e busca verificar a conformidade dos gastos públicos ao previsto naquele dispositivo legal. Registre-se que o controle orçamentário ocorre desde a formulação do orçamento, que deve refletir escolhas constitucionais e corresponder a demandas populares, durante o processo de aprovação da proposta orçamentária, através da análise parlamentar e, em muitos casos, da realização de emendas pelos membros do Poder Legislativo. Por fim, o controle posterior é realizado de forma ampla pela sociedade e, mais especificamente, pelas auditorias orçamentárias realizadas pelos órgãos de controle.

Aqui cabe a menção ao fenômeno da rigidez orçamentária, realidade vivida por diversos Estados de cunho social. Esta inflexibilidade resulta de compromissos financeiros anteriores ao orçamento, bem como a direitos assegurados constitucionalmente ou por via de lei, cuja garantia orçamentária reflete a sua priorização no plexo ideológico do Ordenamento Jurídico⁴²⁸. A rigidez pode ainda ser resultado de regras de transferências de recursos entre os entes do Estado, especialmente em se tratando de entes federativos, bem como de garantias de financiamento de certos programas governamentais, através da vinculação de receitas.

Neste ambiente de engessamento, é natural que surjam propostas de flexibilização de vinculações orçamentárias (a exemplo da Desvinculação de Receita Orçamentária no Brasil), e que, ante a diminuta parcela orçamentária de livre utilização, haja grande reflexão acerca da sua destinação. Contudo, esta detida reflexão não é a realidade da maior parte dos orçamentos

427BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 158.

428BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 159.

que vivem esta situação, existindo, em verdade, a tradição do “incrementalismo”⁴²⁹. Por esta tradição, o orçamento de determinado ano é realizado com base no orçamento do ano anterior, mediante a inserção de incrementos em função da disponibilidade de recursos. Percebe-se, deste modo, que a elaboração do orçamento atende, muitas vezes, a demandas de grupos políticos, em detrimento das necessidades públicas prioritárias.

Deste modo, a elaboração de Lei Orçamentária que reflita de forma fidedigna os objetivos constitucionalmente traçados e atenda às necessidades públicas de forma diligente consiste no primeiro passo do controle da eficiência no gasto público, considerando que, na hipótese de os parâmetros de controle não estarem de acordo com as reais necessidades públicas, o controle, tendo por base estes parâmetros, será inócuo, ainda que realizado sob os mais elevados padrões técnicos.

Nesta linha de intelecção, a doutrina sugere que a boa técnica de elaboração orçamentária determina a revisão periódica de alocações financeiras, além da promoção do equilíbrio do federalismo fiscal, através da proporcionalidade entre atribuições do ente público e da sua capacidade de geração de receitas. Este último ponto transita, invariavelmente, por um modelo de descentralização de Poder e de prestígio dos centros de decisão locais⁴³⁰, verdadeiramente próximos dos cidadãos, deixando para o Estado central a determinação de diretrizes gerais.

Com o intuito de incrementar a qualidade da execução orçamentária, Ana Carla Bliacheriene⁴³¹ sugere a reflexão acerca de três questões, quais sejam: (i) em que medida o orçamento atende a orientação de agentes públicos e privados engajados no processo de desenvolvimento econômico e social?; (ii) Em que medida as intenções do governo central estão refletidas na peça orçamentária?; (iii) como conciliar o mencionado “incrementalismo” orçamentário com a necessidade de mudança e implementação de novas políticas públicas?

Percebe-se, portanto, que a elaboração do orçamento público é o ponto de partida para a implementação de uma gestão pública eficiente, de modo que não há utilidade em implementar controles finalísticos ou análise de custos e benefícios ou atingimento de resultados quando as finalidades fixadas em lei não atendem às necessidades públicas. Neste

429BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 160.

430para uma análise aprofundada acerca da descentralização aludida ver CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

431BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 161.

contexto de deficiência de elaboração orçamentária, a eficiência da ação pública é natimorta, e a auditoria orçamentária é inócua aos fins que pretende atingir.

Na sequência, quanto à auditoria patrimonial, não há muito o que discorrer acerca, considerando o escopo do presente trabalho. Deve-se mencionar, contudo, que se relaciona ao patrimônio econômico estatal, utilizando-se de técnicas contábeis, verificando aspectos como a guarda e aquisição de bens, sua depreciação, conservação, alienação, classificação e avaliação. É, portanto, instrumental aos outros métodos de controle⁴³².

Como expressão da modernidade e da legítima preocupação ambiental e intergeracional, surge a auditoria ambiental⁴³³, nova fronteira para o controle da gestão pública. Em que pese incipiente, visa aferir a atuação pública sob o prisma da sustentabilidade e do respeito ao meio ambiente, carecendo, ainda, de sistematização de estratégia específica para a atuação dos órgãos de controle.

Em adição à classificação ora explanada, faz-se mister registrar uma espécie peculiar de auditoria: a cognominada auditoria forense⁴³⁴. Neste mecanismo de controle busca-se detectar escorço probatório que demonstra a ocorrência de fraude, crime ou corrupção. Usualmente o rol de competências do auditor que realiza esta modalidade de auditoria excede o rol usual de competências de controle de conformidade ou operacional.

Neste diapasão, é uma modalidade comum de auditoria em países de tradição anglo-saxã⁴³⁵. No Brasil, por outro lado, é basicamente desconhecida pela doutrina, porém, no ano de 2005, o Tribunal de Contas da União celebrou convênio com o *Office of the Audit General* canadense com o escopo de obter informações e rotinas acerca do procedimento em lume.

Por fim, é imperioso tratar acerca da auditoria operacional, essencial para a análise da eficiência na gestão pública.

Foi no ano de 1971 que o termo “auditoria operacional” foi utilizado pela primeira vez⁴³⁶, no bojo do VII Congresso da INTOSAI (Organização Internacional de Entidades

432BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 164.

433FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby.–**Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 365.

434DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. Englewoods Cliffs: Prentice-Hall, 197.

435SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. **Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira**. Disponível em: <
[https://www.academia.edu/15009119/Controle_Financeiro_Público_e_Responsabilidade_Financeira](https://www.academia.edu/15009119/Controle_Financeiro_P%C3%B9blico_e_Responsabilidade_Financeira)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

436NASCIMENTO, Roberto Sergio. **A auditoria como instrumento de controle e de avaliação das organizações: estudo de caso envolvendo o fundo de recuperação do estado do Espírito Santo (FUNRES) com base na auditoria operacional**. Disponível em <
<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/819>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Fiscalizadoras Superiores), e posteriormente adotado por diversos sistemas jurídicos, a exemplo daqueles erigidos nos Estados Unidos da América, Inglaterra, Austrália e Canadá, que passaram a praticar esta modalidade de controle. Destaque-se que em Portugal surgiu como relevante instrumento de fiscalização a partir da edição da Lei nº 98/97, sendo tida como uma modalidade destacada de controle financeiro⁴³⁷.

O advento desta modalidade de fiscalização representou divisor de águas na atividade de controle da gestão pública, lançando olhar atento para além da legalidade, legitimidade e probidade das ações públicas ao focar a atenção na eficiência, economicidade e eficácia dos atos analisados⁴³⁸. Visa, portanto, avaliar o conjunto de operações e indicar os procedimentos que devem ser revistos, objetivando o aperfeiçoamento das atividades para a consecução da missão institucional, servindo muito mais à administração que pretenda uma radiografia da sua performance, representando a substância sob a forma, colorindo a análise de conformidade com tons de ética e de apreciação axiológica.

Reforçaram a necessidade de introdução de um instrumento desta envergadura as evidências de que, apesar de as contas públicas estivessem hípidas, a realidade demonstrava que as políticas públicas raramente atingiam as finalidades pretendidas, e os cidadãos careciam de cuidados que, malgrado não existissem no mundo real, eram objeto de gastos públicos cancelados como regulares no “mundo dos papéis”.

Como evidência mais preocupante, existiam relatos na literatura do Tribunal de Contas da União Brasileiro⁴³⁹, por exemplo, de documentos fabricados, quitações bancárias sem o correspondente ingresso de recursos no tesouro público, dentre outras aberrações criminosas de difícil detecção pelos métodos tradicionais de fiscalização. Conforme destacado pelo ministro Villaza⁴⁴⁰ “*não bastam contabilidade pública correta e a ausência de delitos. Cada vez mais, os critérios tradicionais – e algo envelhecidos – das auditorias se substituem por aqueles cujas vertentes se aproximam da teoria dos resultados, pois o que mais importa é, sem dúvida, avaliar os resultados obtidos pela gestão governamental*”.

Nesta senda, não é suficiente que, na execução de determinada política pública, os recursos despendidos atenham-se ao quanto fixado em lei orçamentária, pois a demonstração

437FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 370.

438FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 366.

439FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 365.

440FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 365.

deve abordar o atingimento da finalidade pública através da ação administrativa encetada. Há, portanto, a valorização do conteúdo da ação pública⁴⁴¹, partindo da demonstração de sua necessidade pública, passando pelo planejamento adequado de sua materialização, e culminando na avaliação de seus impactos, potenciais (no caso da avaliação *ex ante*) ou reais, quando aferidos durante ou após a sua realização.

As auditorias operacionais realizadas pelos órgãos de controle não devem perder de vista o conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente fixados⁴⁴², representativos do objetivo central de toda e qualquer atuação pública, que passa de burocrática a finalística, em prestígio à Carta Maior de cada país.

Atente-se que, conforme posição firmada pelo presente trabalho, não se trata de descartar a técnica de controle por conformidade, pois este trabalho é necessário, contudo, é premente a ampliação do escopo do processo fiscalizatório, para acrescer aos métodos tradicionais de controle a técnica operacional de acompanhamento de políticas públicas sob a ótica da eficiência e dos resultados.

A referida modalidade de auditoria pode ser conceituada como um exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da atuação pública, das políticas públicas e programas governamentais, com o escopo de aperfeiçoar a gestão pública⁴⁴³.

Nas palavras de Barbosa, “a fiscalização operacional assume especial relevo nos tempos atuais, face à tentativa de implementação de uma Administração Pública gerencial, ou da Administração Pública societal, ambas regidas por estes princípios, que, anteriormente, eram mais levados em conta no setor privado”⁴⁴⁴.

Conforme Freitas⁴⁴⁵, os objetivos da auditoria operacional podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) verificar a adequação e regularidade do sistema de controle interno da

441CHADID, Ronaldo. **Os Tribunais de Contas e a eficiência das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

442CHADID, Ronaldo. **Os Tribunais de Contas e a eficiência das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

443BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 162.

444BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto orçamentário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 162.

445Luiz Fernando Alcoba de Freitas *apud* NASCIMENTO, Roberto Sergio. **A auditoria como instrumento de controle e de avaliação das organizações: estudo de caso envolvendo o fundo de recuperação do estado do Espírito Santo (FUNRES) com base na auditoria operacional**. p. 122. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/819>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Administração Pública, bem como a sua organização e planejamento; (ii) verificar a existência de eficiência e a aplicação do princípio da economicidade na gestão dos recursos financeiros, patrimoniais e humanos; e (iii) avaliar os resultados das políticas públicas e dos gastos públicos em confronto com aqueles inicialmente pretendidos.

Possui outras nomenclaturas, como auditoria de amplo escopo, auditoria de “*value for Money*”, auditoria de desempenho e mérito, auditoria gerencial, programática ou de gestão, dentre outros, tendo que, independente do título que lhe é atribuído, possuir um foco especial na observância da eficácia, eficiência e economicidade pela entidade auditada, voltando-se para o fortalecimento da atuação administrativa, diferentemente da auditoria de conformidade contábil ou financeira, que busca a identidade entre procedimento realizado e prescrição normativa.

Possui nuances diferenciadoras em cada Ordenamento Jurídico no qual é realizada, de modo que, no Reino Unido e na Nova Zelândia, por exemplo, existe foco preponderante na eficácia e eficiência através do controle do grau de atingimento das metas fixadas em face dos custos empregados. Dispensa pouca importância, contudo, à utilidade dos serviços colocados à disposição dos usuários⁴⁴⁶.

Nos países escandinavos há grande preocupação com a qualidade das políticas públicas postas à disposição, havendo grande controle da medida de satisfação dos beneficiários. Por outro lado, ainda a título exemplificativo, nos Estados Unidos da América, Austrália e Canadá, o foco é a efetividade, existindo o controle da razão entre resultados e objetivos.

Neste sentido, na realização da auditoria de performance, o profissional não se serve apenas de normas contábeis, sendo necessário uma equipe de formação multidisciplinar, considerando que, na realização da auditoria operacional, muitas vezes são demandados conhecimentos de outras áreas do saber, por exemplo, estatística, administração, Direito, engenharia etc.

É, portanto, inegável a distinção entre os métodos tradicionais de auditoria, v.g., a auditoria contábil e a auditoria operacional. Em uma mesma situação, a partir de uma auditoria contábil de conformidade, seria possível que a conclusão da auditoria fosse pela

446ROCHA, C. Alexandre Amorim. **O modelo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

regularidade das despesas e atos realizados, considerando a higidez dos lançamentos contábeis e a regularidade no recolhimento de impostos.

Contudo, lançando olhar diverso sobre a mesma situação fática, a auditoria operacional pode concluir a análise de forma diametralmente oposta, entendendo, por exemplo, que determinadas despesas foram realizadas de forma desnecessária, sem atender à finalidade da atuação pública. Assim, um mesmo objeto pode receber valorações distintas, a depender do escopo empreendido pela auditoria: se de conformidade, ou se de caráter operacional.

Em relação ao *iter* empreendido nas auditorias operacionais, a doutrina⁴⁴⁷ destaca momentos essenciais durante a sua realização, quais sejam, o planejamento, a execução e o relatório de auditoria.

Neste contexto, o êxito da atuação do controle da gestão pública depende de sua realização tempestiva, é dizer, suas etapas devem ocorrer em concomitância com as etapas do próprio processo de produção, de modo a detectar desvios ou discrepâncias em tempo útil, preservando a *res* pública de lesões cuja reparação *a posteriori* é dificultosa, se não impossível.

Em que pese a naturalidade com a qual muitos Tribunais de Contas (estes em especial) limitam-se a, após o dano, apontar responsáveis e resolver a demanda com a cominação de multa, é de clareza solar que este procedimento não atende ao padrão ótimo de controle da gestão, muito menos a aspectos de eficiência. Em outras palavras, a oportunidade e a tempestividade são aspectos cruciais quando se trata de avaliar qualitativamente a gestão pública.

Assim, os Tribunais de Contas, muitas vezes construídos sob as bases teóricas dos tribunais judiciais, aprenderam a apontar a responsabilidade, apurá-la de forma suficiente e delimitá-la, muitas vezes adotando a dosimetria da pena à semelhança do processo penal.

Sem prejuízo da importância do processo de apuração de responsabilidade, é imperioso que as Cortes de Contas adotem as suas próprias bases procedimentais, tendo como centro axiológico o que é de mais relevante no contexto da sua atuação: a proteção e higidez da coisa pública, que, uma vez maculada, dificilmente retornará ao *status quo ante*. Como bem ressaltado por Alexandre Amorim Rocha, “*a incompetência administrativa, no mais das*

447NASCIMENTO, Roberto Sergio. **A auditoria como instrumento de controle e de avaliação das organizações: estudo de caso envolvendo o fundo de recuperação do estado do Espírito Santo (FUNRES) com base na auditoria operacional.** p. 122. Disponível em < <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/819> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

*vezes, não constitui ilicitude. A aferição de responsabilidades, de natureza eminentemente jurídica, deveria ser exceção, e não a regra*⁴⁴⁸.

A mudança de paradigma ante as novas exigências sociais deve ocorrer não apenas nas entidades de controle, mas na própria atuação da Administração Pública, cuja evolução para um modelo de eficiência e resultados deve passar pela resposta adequada a duas questões⁴⁴⁹: (i) como superar a pseudo contradição entre o Direito Administrativo (e o modelo burocrático weberiano que o acompanha) e a necessidade de autonomia e flexibilidade impostas pelo controle de resultados, efetividade e eficiência; e (ii) como solucionar a inaptidão do Direito Administrativo para realizar o adequado controle de natureza gerencial da Administração Pública demandada pelas novas tendências sociais.

Portanto, é inegável que a atuação do controle externo tem o potencial condão de promover o aprimoramento da Administração Pública, e, conseqüentemente, facilitar a concretização dos Direitos Fundamentais. É notável o descrédito dos focos de Poder junto à sociedade civil, ante a inabilidade em atender às necessidades públicas de forma adequada. Neste sentido, ao se aproximar de um controle de resultados, a atuação dos órgãos de controle pode colaborar para a alteração deste contexto na efetivação das políticas públicas.

Em suma, percebe-se que não há democracia sem controle, já que este favorece a concretização dos direitos fundamentais e cerceia os excessos no exercício do poder. Conforme preleciona Jorge Ulisses Jacoby, *“essa concepção [de controle], como facilmente se percebe, só pode permear num país que adote o regime democrático. O controle, como uma função do Estado, exige, como o regime democrático, um grau de desenvolvimento da sociedade e dos agentes da Administração para alcançar seu escopo, evoluindo de modo permanente, como num ciclo de realimentação: democracia – controle – democracia*⁴⁵⁰.

3.2. O conceito de *value for money*

448 ROCHA, C. Alexandre Amorim. **O modelo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

449 ROCHA, C. Alexandre Amorim. **O modelo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

450 CHADID, Ronaldo. **Os Tribunais de Contas e a eficiência das Políticas Públicas.** Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

A expressão “*value for Money*” de origem inglesa, é, conforme a OECD, uma mentalidade (não uma ferramenta e muito menos um método⁴⁵¹) de manejo adequado de recursos e busca pelo equilíbrio entre os chamados três “E’s: economicidade, eficiência e efetividade⁴⁵². Ultimamente, algumas vozes doutrinárias (e alguns organismos internacionais) passaram a adicionar um quarto “E”, que alude à equidade.

Neste sentido, a ação imbuída de *value for money* deve ser econômica, no sentido de que os insumos devem ter o menor custo possível preservando a qualidade dos mesmos. De forma similar, a ação deve ser eficiente, nos moldes definidos no presente trabalho.

Em seguida, elemento essencial do *value for money* é a efetividade, que significa o atingimento de resultados no programa desejado em relação ao custo total dos insumos. Um exemplo seria um programa de ativismo voltado para o auxílio de grupos migratórios sem terra, cuja efetividade pode ser aferida pela concessão, em favor dos grupos sem terra, de título de propriedade em terras locais.

Por fim, quanto ao valor equidade, novidade inserida recentemente no conceito de *value for money*, visa garantir que os benefícios oriundos das ações governamentais sejam distribuídos de forma justa. Assim, uma política de estímulo a pequenos negócios que não atinja regiões socialmente vulneráveis pode ser tida como política carente de equidade e, portanto, desprovida de *value for money*.

É importante frisar que nem todos os organismos e países que adotam a noção em comento inserem no seu conceito o princípio da equidade. Assim, a OECD utiliza o quarto “E” em sua política de avaliação de investimentos para o desenvolvimento, porém o *Department for International Development* do Reino Unido utiliza apenas a economicidade, a eficiência e a efetividade.

No Reino Unido, país que cunhou a expressão, é utilizada usualmente como uma maneira de revelar a efetividade dos dispêndios no setor público. Contudo, sua utilidade é múltipla e não se limita aos setores tradicionais de ação governamental, havendo notícia de

451 **Value for Money and international development: deconstructing myths to promote a more constructive discussion.** OECD. Disponível em: <<https://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

452 **Value for Money and international development: deconstructing myths to promote a more constructive discussion.** OECD. Disponível em: <<https://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

aplicação do *value for money* em auditorias ambientais no Chile⁴⁵³, conforme o trabalho de Ximena Mura Alvarez.

Críticos da ideia a classificam como irrelevante, e desumana, por supostamente tentar monetizar valores, direitos humanos e aspectos relacionados à vida. De outro giro, argumenta-se que a noção em lume não se atrela à monetização de tudo e não se limita à aplicação das técnicas de custo e benefício e custo e efetividade, sendo estas apenas ferramentas que podem ser relevantes na busca pelo *value for money*.

Ainda conforme a OECD, a ideia em comento não é sinônimo da redução cega de custos ou de eficiência econômica, isoladamente. Representa, em verdade, o equilíbrio perfeito entre os objetivos inicialmente elencados, quais sejam, a economia, a eficiência, a efetividade e, hodiernamente, a equidade, não podendo ser encontrado analisando apenas um destes aspectos, de forma isolada.

Deste modo, caso a efetividade de determinada ação pública diminua devido a uma pequena economia realizada em determinado insumo, não é possível dizer que se atingiu o melhor *value for money*. Do mesmo modo, ainda que determinada atividade governamental seja de baixo custo e operacionalizada com eficiência, ela não atingirá o *value for money* caso não atinja os resultados pretendidos.

Existem, conforme a doutrina, seis ferramentas que podem ser utilizadas para determinar o *value for money*, sendo que duas delas, por sua relevância, serão analisadas de forma detida no presente trabalho, enquanto as outras quatro serão mencionadas e descritas sinteticamente, por sua menor relevância no contexto deste estudo. São elas: (i) a análise de custo e efetividade; (ii) análise de custo utilidade; (iii) análise de custos e benefícios; (iv) retorno social por investimento; (v) classificação correlacional de custos *versus* impacto e, por fim (vi) a análise da eficiência básica de recursos (*BER analysis*).

Explorando os conceitos, a análise da eficiência básica de recursos é geralmente utilizada para avaliar programas governamentais complexos e funciona através da comparação do impacto atingido com os recursos aplicados, oferecendo certa perspectiva acerca da performance do programa.

De outro giro, a classificação correlacional de custos *versus* impacto permite a avaliação do *value for money* ante um portfólio de iniciativas, de modo que o método pode ser

453ALVAREZ, Ximena Mura. **Value for money: A plan to develop a methodology to audit environmental issues.** Disponível em: <
[https://www.betterevaluation.org/resources/example/value_for_money_methodology_to_audit_environmental_is
sues](https://www.betterevaluation.org/resources/example/value_for_money_methodology_to_audit_environmental_issues)> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

útil para realizar estudo comparativo entre alternativas de ação governamental com objetivos diferentes. Ainda, pode contribuir para a tomada de decisões participativas, já que as partes interessadas podem identificar e avaliar os resultados dos programas.

Por sua vez, o retorno social por investimentos envolve a mensuração ambiental, social e econômica dos custos e dos benefícios. Assim como a análise de custos e benefícios, o presente método pode ser manejado para a comparação de programas com metas diferentes em diferentes setores. Seguindo adiante, na análise de custo utilidade são comparados os custos e o valor agregado de duas ou mais alternativas, e é mais utilizada quando o avaliador necessita considerar preferências individuais. Os dois métodos remanescentes são os mais utilizados e relevantes para o presente trabalho, de modo que a análise de cada um deles será realizada em subtópico apartado.

3.2.1. Análise de custo / benefício

A análise de custo-benefício é um processo sistemático que estima os custos e os benefícios de uma alternativa ou potencial decisão, durante certo período de tempo, com o escopo de, através de uma escala única e imparcial de comparação, determinar qual opção possui maior vantajosidade, preservando o menor volume de custos.

A análise de custos e benefícios pode ser manejada no setor privado, ou no setor público, sendo que neste último possui algumas peculiaridades que serão exploradas no presente trabalho.

A noção em lume surgiu por volta de 1848, em trabalhos de Jules Dupuit e Alfred Marshall. O primeiro autor chegou à noção de análise de custos e benefícios ao calcular o lucro social de grandes projetos, como a construção de uma ponte, cuja utilidade seria aferida a partir do valor que cada trabalhador estaria disposto a pagar para atravessar a dita ponte (esta seria a fórmula da utilidade para o autor em lume).

A soma de todas as vontades representaria uma projeção teórica da utilidade social de um projeto, ao passo que os custos, de determinação menos complexa, seriam representados pela soma de trabalho e insumos, adicionados à estimativa de manutenção periódica. Esta razão poderia ser utilizada para adotar decisões devidamente embasadas por critérios imparciais e objetivos.

A técnica da análise de custos e benefícios é utilizada com habitualidade na economia privada, de modo que Stiglitz⁴⁵⁴ aponta quatro passos integrantes da sua aplicação. O primeiro deles consiste na identificação dos panoramas possíveis a serem considerados (as alternativas que serão comparadas através da técnica em lume).

Na sequência, a segunda medida consiste na identificação da integralidade de consequências de cada uma das alternativas anteriormente elencadas. Deste modo, deve-se fixar quais são os insumos (em sentido lato, *inputs* de maneira geral) e as consequências ou benefícios (*outputs*) de cada uma das possíveis ações empreendidas. Em seguida, deve-se fixar um valor econômico para cada *input* e *output*, e, por fim, faz-se mister somar os custos e benefícios de modo a estimar a lucratividade total de cada alternativa, devendo ser escolhida aquela que oferece maior margem de lucro.

Para garantir a completude deste raciocínio deve-se levar em consideração o chamado “desconto do valor presente”, que parte da premissa econômica segundo a qual uma unidade de moeda no dia de hoje vale mais do que a possibilidade de ter a mesma unidade de moeda no dia de amanhã⁴⁵⁵. Nesta linha de intelecção, para avaliar projetos que se estendem ao longo do tempo, faz-se necessário multiplicar os benefícios por um fator de desconto, que permite a equivalência entre os ganhos presentes e futuros, permitindo a sua comparação⁴⁵⁶.

A utilização da análise de custos e benefícios no domínio das políticas públicas foi inaugurada a partir do trabalho de Otto Eckestein, em 1958, que discorria acerca do manejo hídrico no contexto da economia do bem-estar social. O conceito em lume se expandiu de questões tangíveis (como a água) para questões intangíveis, como saúde mental, educação superior, dentre outros.

Para a aplicação da técnica em comento na seara governamental são empreendidos basicamente os mesmos passos, existindo, contudo, duas notas de distinção de grande relevo entre as análises públicas e privadas. Primeiramente, os fatores que influenciam na escolha de alternativas por um órgão público vão além da lucratividade (fator preponderante na seara privada) e podem envolver questões menos tangíveis como, por exemplo, a proteção ambiental.

Em adição, é possível que na esfera pública, ao invés de utilizar os preços de mercado para *inputs* e *outputs*, se faça necessário, em determinadas situações, o manejo de outros

454STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 296.

455A dollar today is worth more than a dollar tomorrow.

456STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 297.

parâmetros. É o caso do ar livre, por exemplo, onde os custos de sua “produção” e o resultado dela não podem ser traduzidos em linguagem mercadológica.

Outra situação em que não é possível adotar preços de mercado ocorre ante a existência de uma falha de mercado (quando a lei da oferta e procura é incapaz de fixar um preço de equilíbrio para determinado bem baseado na sua utilidade marginal). Assim, um dos grandes desafios da análise de custos e benefícios sociais é justamente o exame de bens que não possuem preço de mercado, ou cujos preços de mercado não refletem a sua utilidade/custo social. Deste modo, como medir custos e benefícios que não podem ser traduzidos em valores financeiros?

Desde já, pode-se dizer que os cientistas econômicos encontraram maneiras diversas de traduzir o valor econômico de diferentes bens não econômicos, sendo que cada bem pode ter o seu próprio método de determinação de um valor em pecúnia. Contudo, os métodos criados não estão acima de críticas, de modo que muitos deles permanecem controversos nas ciências econômicas.

Exemplo deste tipo de aferição é aquela realizada com a grandeza do tempo, numa situação em que é possível, por exemplo, disponibilizar meios de transportes mais rápidos para a população. A maneira mais comum de monetizar o tempo é através da contraprestação recebida pelo trabalho do indivíduo, de modo que, dividindo a quantidade de horas que certo trabalhador labora em determinado espaço de tempo pelo salário recebido, encontra-se quanto vale a hora deste trabalhador.

Outro exemplo de menção válida é a controversa atribuição de valor monetário à vida. Nesta seara, são notoriamente conhecidos dois métodos, sendo o primeiro deles o “método construtivo”, através do qual realiza-se uma estimativa do quanto o indivíduo teria auferido durante o restante da sua vida, considerando a sua expectativa de vida média. A principal crítica do método construtivo afirma que ele confunde o valor da vida com o valor de subsistência da vida, grandezas severamente distintas.

Neste diapasão, existe outro método, pautado pelo desejo de viver uma vida longa, ou vice-versa, conforme o *trade-off* enfrentado pelas diversas ocupações profissionais. Assim, é notório que determinadas profissões oferecem maior riscos à vida e possuem maior taxa de mortalidade do que outras (a distinção pode ser exemplificada através do confronto entre a profissão de mineiro e professor de jardim de infância⁴⁵⁷).

457A falha deste método, no ponto de vista do presente trabalho, consiste em adotar a premissa de que os indivíduos “escolhem” determinada atividade. Ao revés, é cediço que muitas vezes as profissões são adotadas

Ao escolher profissões que oferecem maior risco à vida, o indivíduo está de certa forma afirmando que aceita o risco de morrer de forma prematura em troca de maiores ganhos durante a vida. Deste modo, o método de cálculo do valor da vida analisa quanto cada indivíduo estaria disposto a pagar para evitar riscos fatais, ou, inversamente, quanto aceitariam por um incremento no seu risco de morte. Este método pode ser chamado de “*value of a statistical life*” e é utilizado pelo Governo Americano, bem como foi adotado por Stiglitz e Bilmes ao analisar os custos totais da guerra do Iraque (na ocasião chegou-se à grandeza de 7.2 milhões de dólares americanos por morte de cidadão americano a serviço do seu país⁴⁵⁸).

Por fim, é igualmente tormentosa a tarefa de fixar um valor monetário aos impactos causados aos recursos naturais, incumbência com a qual se depararam muitos cientistas econômicos, políticos, burocratas e membros do Poder Judiciário. Para tanto, o método mais difundido é o cognominado “*contingent valuation*”, ou valoração contingencial, onde busca-se o valor atribuído ao meio ambiente (ou algum aspecto dele) por parte de cada cidadão, ainda que o elemento protegido não entre em contato com o referido indivíduo (a isto dá-se o nome de valores de existência, onde a mera existência, por exemplo, do urso polar, possui um valor monetário, ainda que nenhum de nós jamais o vejamos ao vivo).

A soma dos valores atribuídos por cada indivíduo representa o valor total atribuído ao dito aspecto do meio ambiente. O exemplo emblemático deste método pode ser encontrado na literatura do Poder Judiciário dos Estados Unidos da América que, ao avaliar o dano provocado por um vazamento de óleo da EXXON no ano de 1989 fixou uma indenização de 1 (hum) bilhão de dólares americanos, valor superior aos prejuízos econômicos amargados pela comunidade da região, mas correspondente ao sentimento de americanos de todo o país que, de certa forma, foram prejudicados pelo impacto deletério àquele ecossistema.

Ainda acerca da aplicação social da análise de custos e benefícios, vale lembrar que o “desconto do valor presente” também existe na valoração governamental de projetos que se estendem no tempo, e influenciam nas decisões acerca do desenho e implementação de políticas públicas.

Na esfera privada, a situação é simplificada já que a taxa de desconto é representada pela taxa de juros oferecida à empresa para operações diferidas no tempo. Por outro lado, a

com base nas circunstâncias de cada cidadão. Deste modo, é possível que o mineiro tenha desejado ser professor de jardim de infância, porém não tenha tido acesso à educação básica ou superior.

458STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 297.

taxa de desconto utilizada pela gestão pública é usualmente cognominada “taxa de desconto social” e a doutrina diverge acerca da sua definição: deve ela aproximar-se da taxa de juros arcada pelos beneficiários das políticas públicas, da taxa de juros arcada pelos produtores e fornecedores governamentais, da taxa de juros para empréstimos realizados pelo governo ou ser balizada por outra grandeza?

Nesta linha de raciocínio, parte significativa dos cientistas econômicos entendem que a taxa de desconto social não deve ser balizada por nenhuma das taxas observadas no mercado, considerando a complexidade da atividade de projeção no tempo de custos e benefícios das políticas públicas, com consequências sérias e efeitos de longo prazo, a exemplo do aquecimento global, consequências de vazamento de material radioativo, dentre outras situações. Poderiam estas situações ser adequadamente projetadas simplesmente ao aplicar sobre elas uma taxa de desconto de, por exemplo, 7% ao ano?

Como não poderia deixar de ser, este é um assunto candente dentre os cientistas políticos e econômicos da atualidade, e sem consenso até o presente momento.

Outro assunto sensível é a abordagem da questão distributiva através da análise de custos e benefícios. Partindo-se da premissa que todo e qualquer projeto público promove impactos distintos nos diferentes grupos sociais (sejam, étnicos, econômicos, geográficos etc.), é inegável que o Estado deve ter em mente a adequada distribuição de renda quando do traçado das políticas públicas⁴⁵⁹, existindo na doutrina questionamento acerca da inclusão da questão distributiva na análise de custos e benefícios.

Neste sentido, seria necessário analisar de forma precisa como cada uma das alternativas consideradas na análise de custos e benefícios impacta os diferentes indivíduos sob diferentes circunstâncias (as diferentes circunstâncias usualmente são uma referência à questão econômica, porém, em verdade, podem representar qualquer disparidade de contexto entre dois cidadãos, incluindo o intergeracional, em que existe uma distância temporal entre dois indivíduos do mesmo Estado).

Nesta senda, tratando-se de uma sociedade comprometida com a equidade entre seus integrantes, de todas as alternativas consideradas, deve ser adotada aquela cujos impactos beneficiam de modo mais amplo os indivíduos no extremo da hipossuficiência, seja ela de qualquer natureza e o maior número de pessoas.

⁴⁵⁹É bem verdade que a questão distributiva (ou redistributiva) varia conforme o escorço axiológico adotado por cada nação através dos valores encartados em Constituição.

3.2.2. Análise de custo / efetividade (*Cost effectiveness analysis*)

Outra modalidade de análise econômica utilizada para mensurar resultados de políticas públicas é a análise de custos e efetividade (“*cost effectiveness analysis*”), que se distingue da análise de custo e benefícios por comparar os custos não com os benefícios economicamente expressados, mas com os possíveis resultados (*outcomes*), de modo que não se torna necessária a monetização de grandezas intangíveis, nos termos do quanto descrito acima. Afastam-se os entraves à expressão econômica dos benefícios, porém permanecem as dificuldades da monetização dos custos.

A técnica é utilizada de forma ampla no setor de saúde, setor no qual se evita atribuir valor monetário aos resultados envolvidos. Neste contexto, os custos envolvidos na oferta de saúde são palpáveis, porém, o benefício é uma melhora no estado de saúde do indivíduo. Como medir o benefício nesta situação? Nem sempre é possível, surgindo deste entrave a utilidade da análise de custos e efetividade e questiona-se qual alternativa produz mais benefícios, ou qual alternativa produziria os mesmos benefícios ao menor custo.

Stiglitz ilustra a técnica através da análise de uma política de governo de redução de mortes em estradas. Assim, aplicando a análise de custos e efetividade, é suficiente que se apure o custo marginal incremental de cada unidade de redução de taxa de mortalidade, deixando a cargo dos legisladores eleger em que ponto deve ser fixada a política pública.

Outro exemplo interessante pode ser colhido da gestão do patrimônio militar. Assim, ao adquirir tanques de guerra, diferentes modelos são comparados em todos os seus aspectos (velocidade, poder de fogo, qualidade da blindagem etc.). Caso a performance de dois tanques diferentes seja equivalente, ou mesmo se um deles for discretamente inferior que o outro, mas substancialmente mais barato e de fácil produção, os gestores militares podem optar por este último através de uma análise de custo e efetividade.

Os dois métodos de análise econômica (custos e benefícios e de custos e efetividade) são ferramentas relevantes à disposição dos arquitetos de políticas públicas de diversos países pois promovem dados objetivos e menor “achismo” em assuntos de relevância destacada. Neste contexto devem ser encaradas com parcimônia as críticas que alegam que os referidos métodos reduzem os direitos a simples cálculos matemáticos quando tais ditos cálculos podem auxiliar na definição de *trade-offs* tormentosos, de forma embasada e informada, favorecendo a promoção adequada dos direitos fundamentais em um contexto de limitação e escassez de recursos.

3.2.3. *A posteriori*: Manejo da análise custo benefício como ferramenta de avaliação de políticas públicas

Todos os exemplos fornecidos e cenários aventados até o momento trataram da utilização da análise de custos e benefícios para estudar qual seria a melhor forma de implementar determinada política pública ou ação estatal. Em outras palavras, tratou-se da ACB como ferramenta de auxílio na determinação do destino dos recursos públicos.

Em que pese sua importância inegável nesta seara, a análise de custos e benefícios representa relevante instrumento de avaliação posterior do sucesso⁴⁶⁰ (eficiência, efetividade e eficácia) da ação estatal, além de servir de norte para gastos futuros através da produção de informação relevante, estatística e objetiva acerca das políticas públicas já implementadas.

Neste sentido, um exemplo da utilização da técnica em lume *a posteriori* é verificar o atingimento dos objetivos inicialmente traçados para a ação pública. Este tipo de técnica é empreendida pelo Banco Mundial, e consiste na chamada revisão nacional de gastos públicos (*public expenditure review* – PER⁴⁶¹) que, por representar procedimentos complexos e dispendiosos, são realizadas com periodicidade maior que anual, geralmente a cada 05 (cinco) anos.

A técnica fornece um apanhado da composição, alocação e resultados dos gastos públicos através da análise detida de fatores como, por exemplo, os níveis de gastos agregados de um país no contexto das políticas macroeconômicas, o impacto demográfico, geográfico e setorial de alocação de despesas em relação à redução de pobreza, a qualidade do processo de gastos em relação à transparência e *accountability* dentre outros⁴⁶².

3.3. Mensuração comparativa de performance (*comparative performance measurement*)

Outra modalidade de avaliação de gastos públicos a partir da análise de custos e benefícios é aquela que se dirige especificamente a gastos públicos dirigidos ao fornecimento de bens e serviços. Assim, o método comumente usado é a mensuração comparativa de performance (*comparative performance measurement* – CPM) que visa determinar a eficiência do gasto através da análise de custos totais ou por unidade dos insumos e calcula a efetividade do gasto através da avaliação da quantidade e qualidade dos resultados de curto

460STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000. p. 300.

461De forma exemplificativa: < <http://hdl.handle.net/10986/34052> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

462STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000.

prazo e de longo prazo (representado pelo atingimento dos objetivos da ação pública analisada).

A maior utilidade da técnica em comento reside em seu potencial de realizar análises comparativas, acompanhando as informações em diferentes períodos de tempo, assim como entre setores públicos, diferentes instituições e órgãos. Em que pese a técnica não tenha o condão de determinar o *value for money* (a qualidade do gasto público), é capaz de colocar a atuação de determinado setor governamental em perspectiva em relação à sua própria atuação em outros períodos de tempo e em relação a outros setores públicos. Permite ainda a revisão de dados para o incremento e melhoria da atuação futura.

Para ilustrar o método aqui descrito, Stiglitz traz à cola o exemplo de uma cidade que deseja avaliar os gastos com educação. Assim, seria possível mensurar, comparando com outras municipalidades de mesmas proporções, o gasto total nos últimos 5 anos (custos agregados), o valor despendido por aluno (gastos unitários), ou montante gasto em confronto com o montante gasto em saúde (gastos relativos).

Para além da análise acima descrita, é possível, manejando a mensuração comparativa de performance, verificar a efetividade e eficiência do gasto público. Uma análise simplória poderia comparar o número de estudantes que ingressam no sistema público de ensino em face daqueles que se graduam (resultados agregados), demonstrando a taxa de sucesso escolar.

Uma análise mais completa poderia comparar o resultado de testes de performance (a exemplo do PISA) com os resultados de outras localidades. De todo modo, a educação é política pública de avaliação complexa, considerando a multiplicidade de fatores alheios à ação governamental que podem interferir no resultado analisado, além do grande lapso temporal para obter os resultados da política pública (a formação intelectual e emocional adequada do ser humano).

De forma geral, as últimas décadas foram marcos de progresso na análise econométrica e quantitativa da performance do setor público, em consonância e na sequência do movimento de transformação da administração pública do modelo burocrático para o modelo gerencial. Exemplo deste cambio de paradigma é a popularização do *performance based budget*, ou orçamento de performance, já abordado anteriormente, que permite ao gestor público que alocações sejam feitas com base em informações acerca de resultados

anteriores, e não como simples incrementos de rubricas anteriormente existentes, a exemplo do que ocorre com o orçamento clássico.

Nesta senda, espera-se que a gestão pública estratégica lastreada na *accountability*, transparência e informação de performance transforme o processo de gasto público e sua avaliação para conferir maior prestígio à eficiência, efetividade e atendimento de reais necessidades públicas.

3.4. A informação de performance

Conforme apontado por Stiglitz⁴⁶³, “*what we measure affects what we do; and if our measurements are flawed, decisions may be distorted*”. Considerando esta afirmativa, neste tópico será abordada a importância da informação fidedigna de performance para a tomada de decisão eficiente na administração pública, bem como para a avaliação da ação estatal.

Para ilustrar a importância da informação de performance na análise do princípio da eficiência, traz-se à baila um exemplo aventado pelo supramencionado autor acerca dos gastos com saúde nos Estados Unidos da América e na França, de forma comparativa.

Conforme Stiglitz⁴⁶⁴, os Estados Unidos são os campeões mundiais em investimento *per capita* em saúde pública, despendendo, no ano de 2008, 15% do Produto Interno Bruto para esta destinação, bem acima dos 11% aplicados pela França. Em termos evolutivos, o autor aponta que o “fosso” entre o percentual aplicado pelos EUA e pelo governo francês tem aumentado nos últimos anos analisados.

Nesta linha de intelecção, a posse apenas desta informação pode levar à conclusão de que o governo americano tem maior estima pela saúde pública do que o governo francês. É intuitivo.

Contudo, a informação acerca do percentual investido, analisada de forma isolada, induz a raciocínio equivocado, considerando que a análise de dados que refletem os resultados atingidos por estes investimentos revelam outro panorama: a França está à frente dos Estados Unidos em todos os índices de saúde, dentre eles, a mortalidade infantil (o país europeu

463Stiglitz, Joseph; SEN, Amartya. **The measurement of economic performance and social progress revisited: reflections and overview.** p. 4. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/278828759_The_Measurement_of_Economic_Performance_and_Social_Progress_Revisited_Reflections_and_Overview> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

464Stiglitz, Joseph; SEN, Amartya. **The measurement of economic performance and social progress revisited: reflections and overview.** p. 13 Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/278828759_The_Measurement_of_Economic_Performance_and_Social_Progress_Revisited_Reflections_and_Overview> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

possui menor mortalidade infantil) e expectativa de vida, indicadores que revelam a eficiência do sistema público de saúde naquele país.

Assim, é bem provável que o cidadão francês avalie a sua saúde pública de forma superior ao cidadão americano, mesmo considerando que os investimentos francófonos são menores que os norte-americanos. Conclui-se, portanto, que a França aplica os recursos públicos na área da saúde de forma mais eficiente que os Estados Unidos.

Depreende-se do raciocínio esposado que é possível atingir conclusões opostas ao analisarmos os *inputs* (os insumos ou custos aplicados) e os *outputs* (os resultados atingidos). De forma notória, a informação acerca dos resultados atingidos a partir de determinada quantidade de recursos aplicados é mais relevante que a mera notícia de montante investido, mormente num cenário de busca pela concretude de direitos fundamentais.

Conforme dados da OECD, cerca de 75% de seus membros incluem dados acerca da performance dos investimentos públicos em suas peças orçamentais, ainda que a forma como esta informação é consignada possa variar severamente. Para obter as referidas informações de performance (IP) os governos nacionais utilizam diferentes métodos, dentre eles, os índices de performance, as avaliações e o *benchmarking*.

Sobre o tema, a informação analisada deve ser de qualidade, e pode ser usada por agentes públicos de carreira no desempenho da função administrativa, por políticos em sua tomada de decisão (elaboração da peça orçamentária ou formulação de políticas públicas, por exemplo), e pelos cidadãos, como instrumento de viabilização do exercício do controle social da administração⁴⁶⁵.

Contudo, a organização aponta que a produção de informação de performance nem sempre é acompanhada de seu uso adequado, especialmente na elaboração da peça orçamental⁴⁶⁶. Logo, deve-se estimular a valoração da IP no processo de tomada de decisão e de elaboração da peça orçamental, de forma a aumentar a qualidade das decisões públicas.

⁴⁶⁵Para um exemplo de utilização da informação de performance pelo cidadão ver HOLBEIN, John. **Left Behind? Citizen Responsiveness to Government Performance Information**. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C387F8656931C3C877AA6B7A1CD1148B/S0003055416000071a.pdf/left_behind_citizen_responsiveness_to_government_performance_information.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

⁴⁶⁶Estudos demonstram que, em Portugal, em que pese o incremento na produção de informação de performance, os políticos não a utilizam para as tomadas de decisão legislativas. Informação disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000600968> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Assim, a partir de uma análise tradicional, as decisões e avaliações são realizadas a partir do quanto aplicado ou o que foi feito, sem muita atenção ao resultado atingido pelos esforços financeiros/gerenciais/humanos. A informação de performance pretende preencher este fosso e alinhar a atuação administrativa à expectativa atualíssima de atingimento de resultados, de modo que o agente público não se isenta de responsabilidade pela mera afetação de recursos, devendo promover o seu manejo adequado e empreender esforços no atendimento da necessidade pública.

De forma exemplificativa, muitos políticos utilizam ainda hoje como plataforma de autopromoção a destinação de determinado montante de recursos para setores de interesse da população, como a saúde e a educação. Em um cenário tradicional, a notícia de que o político Z providenciou a destinação de recursos expressivos para a saúde é suficiente para que o mesmo colha louros por sua atuação⁴⁶⁷.

Contudo, num cenário de busca de resultados e de imperativo de atuação pública eficiente, onde a informação adequada de performance é disseminada, a situação precária da saúde ante tantos investimentos causaria a indignação popular e, de forma intuitiva, lançaria a necessidade de investigação acerca das razões do desperdício dos recursos públicos. Em outras palavras, caso a administração e o cidadão consumissem e valorassem a informação de performance sobre a gestão pública, não haveria espaço para atuação demagoga e retórica dos administradores públicos, fortalecendo o sistema de *accountability* estatal.

Neste esqueje, a OECD indica que, para o máximo aproveitamento da IP: (i) deve existir procedimento próprio determinando a sua valoração (na prática hodierna, em geral, a valoração da IP é apenas faculdade do agente público); (ii) a qualidade da informação fornecida deve ser assegurada; (iii) os atores envolvidos devem possuir treinamento para a sua leitura e compreensão e (iv) o ambiente político deve estar preparado para as consequências e conclusões trazidas pela informação de performance (muitas vezes não há interesse político em noticiar os resultados da performance governamental).

Dentre os principais benefícios⁴⁶⁸ da informação de performance podem-se mencionar a clarificação dos objetivos políticos e a determinação correta das necessidades públicas a

467De forma exemplificativa e atual <https://www.piquerobi.sp.gov.br/portal/noticias/0/3/1014/deputado-alexandre-leite-destina-emenda-parlamentar-para-custeio-da-saude-de-piquerobi/>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

468CURRISTINE, Teresa; JOURDARD, Isabelle; LONTI, Zsuzsanna. **Improving Public Sector Efficiency: challenges and opportunities**. Disponível em: < <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43412680.pdf> > Acesso em 25 de Agosto de 2020.

serem supridas. Naturalmente, ela tem o condão de incrementar o planejamento estatal, apontando as áreas onde o investimento público ocorreu de forma eficiente, e as áreas ou órgãos onde o valor investido não promoveu os retornos esperados. Em adição, é extremamente útil na fase de formulação das políticas públicas, que podem atuar de forma cirúrgica nas áreas de maior necessidade, corrigindo desvios ou deficiências na gestão e estimulando/premiando a atuação pública eficiente.

Uma das consequências da produção e manejo da informação de performance é o incremento da transparência e *accountability* da atuação pública: ciente de que sua performance será documentada e seus resultados serão comunicados aos demais setores governamentais e ao público em geral, o gestor público tende a esforçar-se mais, de modo a atingir melhores resultados.

Soma-se às evidências acima a convicção de que não é possível implementar o orçamento de performance sem que o mesmo seja construído a partir de informação de performance. Assim, o orçamento de performance de determinado ano deve, necessariamente, levar em consideração os resultados atingidos nos anos anteriores.

De forma ilustrativa, a OCDE destaca a Nova Zelândia como exemplo de uso sistemático da vinculação entre gastos públicos e metas a serem atingidas. Utilizando a IP em menor intensidade, Austrália e Reino Unido possuem normas que atrelam novos gastos (ou incremento de gastos) à necessidade de incremento em resultados, aferíveis através da IP.

Naturalmente, existem desafios ao uso da informação de performance, de forma que a doutrina especializada trava intenso debate acerca de quão simétrica deve ser a relação entre financiamento e informação de performance. Em outras palavras, questiona-se se é eficiente recompensar com incremento de financiamento a boa performance e penalizar com corte de fundos as áreas que performam mal.

Nesta linha de raciocínio, a performance ruim nem sempre é motivada por uma atuação administrativa ineficiente, podendo ser resultado, *v.g.*, de subfinanciamento, ou fatores externos e alheios ao agente público. Logo, esta correspondência automática pode gerar a tendência de manipulação da IP, através de métodos escusos, como, por exemplo, professores que, para obter bônus e prêmios, elaboram testes mais fáceis para que seus alunos obtenham altas notas, criando a aparência de um ambiente eficiente de formação intelectual.

Conforme consignado em relatório da OECD, “*it is politically irrational to expect agencies to provide objective information if it will be used to cut back their programmes*”⁴⁶⁹.

Por isso, a doutrina sugere que a IP seja usada não para determinar as alocações orçamentárias, mas para informar suas escolhas, como *mais um* elemento no plexo de informações acerca do desempenho governamental. Em outras palavras, a informação de performance deve ser ponderada e considerada como um indicativo de monitoramento para orientar a atuação administrativa e sinalizar a necessidade de adoção de medidas no caso de desempenho ineficiente.

3.5. O Controle Social⁴⁷⁰

Ao longo da história dos Estados⁴⁷¹, restou demonstrado que, quanto maior a distância entre o Estado e os seus cidadãos, menor a legitimidade estatal enquanto centro de poder na medida em que o Estado contemporâneo encontra sua força legitimadora na dialética entre os centros de decisão e os indivíduos que o integram.

De início, a justificativa para o surgimento do Estado era a garantia dos direitos de primeira geração, de modo que a figura estatal oferecia segurança e certeza para que a sociedade pudesse se organizar e florescer. Com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, e a sobreposição de gerações de direitos atribuídos aos cidadãos cuja implementação depende de ação ativa do Estado, cresce a necessidade de envolvimento de cada membro da sociedade nas questões públicas, em especial na administração do erário.

Neste diapasão, Bresser Pereira⁴⁷² destaca que na sequência dos direitos sociais surge uma nova classe de direitos, denominados “direitos republicanos”, cujo conteúdo exprime que o patrimônio público deve ser efetivamente de todos e para todos. De pronto, nota-se que o

469CURRISTINE, Teresa; JOURMARD, Isabelle; LONTI, Zsuzsanna. **Improving Public Sector Efficiency: challenges and opportunities**. Disponível em: < <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43412680.pdf> > Acesso em 25 de Agosto de 2020.

470Enfim, quando o Estado, próximo de sua ruína, apenas subsiste através de uma forma vã e ilusória, quando o laço social se rompe em todos os corações, quando o mais vil interesse se adorna afrontosamente com o nome sagrado do bem público, então a vontade geral emudece; todos, guiados por motivos secretos, deixam de opinar como cidadãos, como se o Estado jamais houvesse existido, e são aprovados falsamente, a título de leis, decretos iníquos cujo único fim é o interesse particular”. (Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*, versão e-book de domínio público, p. 151).

471CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

472CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

controle social, para além de atender às demandas dos indivíduos, possui o condão de legitimar a existência do próprio Estado.

Não poderia ser diferente, já que o controle social é uma decorrência natural do princípio republicano, que se distingue de outras formas do governo (não apenas) pela responsabilidade de seus governantes. Assim ocorre em relação à monarquia absolutista, cujo corolário patognomônico “*The king can do no wrong*”⁴⁷³, destoa sobremaneira da total submissão dos governantes em relação aos verdadeiros detentores do poder (o povo) na república, imbuída das noções de prestação de contas e de fiscalização de governantes pelos governados.

Conforme explanado por Norberto Bobbio ao contextualizar o controle social na dinâmica do estado moderno, a ideia de Estado Social “*pode ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade, mas também do Estado permeado pela sociedade*”⁴⁷⁴. Pois bem. Uma das facetas da sociedade que permeia o corpo estatal é precisamente o controle e fiscalização de seus atos, amparados justamente pela legitimação conferida pelo princípio republicano. Trata-se, portanto, de direito fundamental de primeira geração⁴⁷⁵ e direito público subjetivo oponível ao Estado⁴⁷⁶.

Tecidas as considerações acima, é possível conceituar o controle social⁴⁷⁷ como a prerrogativa de membros do povo de, individual ou coletivamente, vigiar, examinar, fiscalizar, inquirir e demandar providências da administração pública acerca da legalidade, legitimidade ou eficiência de algo, podendo tratar-se este “algo” do patrimônio público, da execução de políticas públicas, e outros aspectos do desempenho da função pública⁴⁷⁸. Ainda,

473SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

474BOBBIO, Norberto. **ESTADO, GOVERNO, SOCIEDADE: Para uma teoria geral da política**. 12ª Edição Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.p. 51.

475SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

476LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143.

477Deve-se esclarecer que o controle social aqui aludido diverge daquele conceituado no dicionário de política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Fianfranco Pasquino, para quem por controle social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem as normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários as mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

478O conceito acima delineado não se esgota, porém possui elementos de: SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99, e de LOCK, Fernando do Nascimento. **Participação Popular no Controle da Administração Pública: um estudo exploratório**. Revista Eletrônica de Contabilidade: Curso de Ciências Contábeis UFSM, Santa Maria - RS, v. 1, n. , p.122-133, 01 set. 2004. Trimestral. p. 123.

conforme bem destacado por Juarez Freitas, o seu exercício pressupõe a existência de cidadania ativa não excludente do elenco institucional de controle⁴⁷⁹.

A doutrina diverge acerca do momento no qual é possível aludir a “controle social”, de modo que é possível vislumbrar o controle ativo da sociedade tanto na elaboração das prioridades públicas e do orçamento, até a fiscalização da implementação de políticas públicas⁴⁸⁰, ou, diversamente, confiná-lo na análise posterior das políticas públicas e demais expressões da atuação administrativa. Este é o posicionamento de Vanderley Siraque⁴⁸¹, para quem o envolvimento popular na tomada de decisões referente à elaboração dos atos administrativos denomina-se “participação popular” e é um poder político, ao passo que o controle social trata da fiscalização da atuação pública.

O aludido controle pode materializar-se de diversas formas, *inter alia*, através do exercício do direito de petição, da realização de denúncias, do pedido de vistas a processos administrativos, através da fiscalização atenta do governo pelos meios de comunicação social, da atividade das ouvidorias e do acompanhamento dos gastos públicos pela rede mundial de computadores, quando disponibilizado em tempo hábil.

Sua relevância prática é patente, já que possui o condão de realizar conformação entre as práticas administrativas e as prioridades definidas constitucionalmente ou através do Orçamento Público, além de verificar a adequação da destinação de despesas públicas, através da verificação do mérito administrativo, sua legalidade ou eficiência⁴⁸².

Sob o prisma da relação entre governantes e cidadãos, o referido controle tem o fito de legitimar a atuação estatal⁴⁸³, sendo instrumento apto a incrementar as liberdades e direitos sociais, além de sua qualidade representar importante índice de desenvolvimento da democracia instalada em determinado sistema jurídico.

Neste diapasão, é ilustrativo o exemplo de Putnam, cuja extensa pesquisa buscou desvendar as raízes da disparidade de desenvolvimento econômico e social das diferentes regiões italianas⁴⁸⁴. Conforme o pesquisador, os recursos públicos tinham como critério de

479FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 378.

480Este é o posicionamento de Juarez Freitas.

481SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112 (circa).

482LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 144.

483SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100.

484Robert D. Putnam *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-152>>

destinação a população (numericamente considerada) e seus indicadores sociais, de modo que a pobreza de determinada região indicava maiores aportes orçamentários.

Para a surpresa de Putnam, mesmo com os critérios que privilegiam as zonas mais pobres do país, o mesmo ainda se dividia em regiões grandemente desenvolvidas, e outras que permaneciam abaixo das expectativas mínimas de desenvolvimento. Sobre esta disparidade, percebeu-se que nos locais de expressivo desenvolvimento existia participação ativa da população na gestão pública, o que significava uma destinação eficiente de recursos. O contrário ocorria nas regiões de menor desenvolvimento, nas quais, em que pese a vasta destinação de recursos, a população não possuía os instrumentos necessários para participar, de forma efetiva, das decisões administrativas⁴⁸⁵.

Este experimento denota a importância do controle social para a saúde de uma democracia substantiva, na qual o exercício do poder político está distribuído entre seus detentores, e estes estão submetidos ao controle dos destinatários do poder. Como bem apontado por Karl Lowenstein⁴⁸⁶, a classificação de determinado sistema político como constitucional e democrático depende da existência de instituições que permitam realizar o supramencionado controle.

A ausência de tal dinâmica reflete a crise de legitimidade⁴⁸⁷ das democracias modernas, onde o povo sente-se alijado das decisões e condução da coisa pública, como bem ressalta J.J. Canotilho⁴⁸⁸, que cognomina o momento como o “despotismo dos iluminados”, no qual o grupo eleito conduz a coisa pública com base apenas em suas necessidades.

Nesta linha de intelecção, destacam-se como entraves ao exercício do controle social o clientelismo político, o tráfico de influência, o paternalismo e o assistencialismo, além do elemento mais relevante, qual seja, a desarticulação da cidadania⁴⁸⁹, através do fornecimento deficiente de informação e de educação formal aos cidadãos, impedindo a participação política e o pleno exercício da dignidade da pessoa humana.

social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

485O exemplo é útil, porém pode-se aventar que o controle social desenvolvido seja uma consequência do desenvolvimento de determinada região, e não a sua causa, de modo que outros fatores seriam responsáveis pela disparidade em que pese a maior destinação de recursos para regiões menos desenvolvidas.

486Karl Lowenstein *apud* SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

487LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 99.

488J.J. Canotilho *apud* CONCEIÇÃO, Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

489SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

No caso específico dos Estados democráticos, não há que se falar em democracia completa sem a participação popular⁴⁹⁰. Assim, conforme Dahl⁴⁹¹, existem três pressupostos democráticos no tocante aos cidadãos, quais sejam: (i) que a eles seja facultado elaborar suas preferências; (ii) que possam expressar suas preferências para o governo por meio de atos individuais ou coletivos e (iii) possam ter sua preferência valorada e considerada na ação governamental.

Ainda na década de 1970, Dahl vislumbrou as bases fundacionais do controle social como hoje é conhecido, que consistiriam no acesso adequado à Administração Pública, na liberdade de expressão e na isonomia de tratamento dos cidadãos, afirmando que “*uma característica chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências dos seus cidadãos*”⁴⁹².

A condição anterior imprescindível para a existência dos pressupostos mencionados é a transparência e qualidade de informações prestadas pela Administração Pública ao cidadão, bem como a mínima, porém adequada, formação intelectual do cidadão para que esta informação seja inteligível para seu receptor.

Sobre a primeira destas condições prévias, qual seja, a transparência, Platt Neto⁴⁹³ sustenta que a mesma possui três aspectos: 1) a publicidade, representada pela larga e tempestiva divulgação de informações ao interessado, inclusive através da rede mundial de computadores; 2) a compreensibilidade de informações, que significa o uso de linguagem comum e formatação adequada que favoreça a sua compreensão para o público leigo, e 3) a utilidade para decisões, relacionada à confiabilidade e relevância das informações prestadas.

Nesta linha de intelecção, a publicidade das informações acerca da gestão pública ganhou novos tons com a democratização e ubiquidade (relativa, por óbvio), da Rede Mundial de Computadores, que permite a inserção e disponibilização em tempo real das informações necessárias ao controle social, levando-o a novo patamar de eficiência. O fenômeno integra o

490 CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

491 Robert A. Dahl *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

492 Robert A. Dahl *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

493 Platt Neto *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

chamado *e-government*, através do qual a Administração pública incrementa a transparência de seus atos, bem como sua eficiência e interface com os administrados, promovendo o controle administrativo difuso e muitas vezes concomitante, contexto em que as novas possibilidades tecnológicas consubstanciam fator legitimador das decisões administrativas ao lado do tradicional princípio democrático⁴⁹⁴.

Como exemplo do acima afirmado, menciona-se o sítio eletrônico português (dados.gov.pt) no qual são disponibilizadas informações acerca da gestão pública lusitana, propondo-se a ser um portal de “open data” do referido país, ou mesmo o sítio oficial do Governo Português (portugal.gov.pt) que disponibiliza aos cidadãos informações relevantes acerca das diversas áreas de gestão pública.

Assim, atualmente é possível vislumbrar uma consulta pública realizada via internet, bem como a consulta a dados públicos e o envio de petições online, integrando parte da população que não se disponibiliza a engajar-se fisicamente em atividades do Estado. Contudo, tal panorama depende necessariamente da inclusão digital dos cidadãos⁴⁹⁵, sob pena de se tornar uma “disponibilização álibi”.

Mais adiante, a compreensibilidade das informações denota a sua “tradução” de uma linguagem estritamente técnica e prolixa (como habitualmente ocorre com termo relacionados ao orçamento público) para uma linguagem compreensível pelo “homem médio”, a exemplo da disponibilização do orçamento público da Nova Zelândia⁴⁹⁶, que proporciona ao seu cidadão a leitura das receitas e gastos públicos através de gráficos, agrupadas de diferentes formas e em linguagem comum. Não é a toa que o referido país ocupa o 2º lugar no índice de percepção da corrupção⁴⁹⁷ elaborado pela Transparência Internacional.

Do outro lado da equação de compreensibilidade das informações públicas está a necessária qualificação do cidadão para compreender as informações prestadas, bem como ter ciência da importância da sua participação no processo de fiscalização. Por este motivo há doutrinadores que entendem adequado o ensino do controle social na Escola, como ocorre em

494SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo Direito Administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 48.

495SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

496Financial Statements of the Government of New Zealand for the Year Ended 30 June 2019. Disponível em: <<https://treasury.govt.nz/publications/year-end/financial-statements-2019-html>>. Acesso aos 15 de fevereiro de 2020.

497Corruption Perception Index. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2018>>. Acesso aos 15 de fevereiro de 2020.

Alemanha que, desde o ano de 1945, inclui nos currículos escolares a formação política de seus cidadãos⁴⁹⁸.

Paulo Bugarin⁴⁹⁹ ressalta a vantagem do ponto de vista do custo oportunidade desta solução, já que o cidadão já se encontrará na escola e, em se tratando do ensino secundário, prestes a exercer de forma plena a sua cidadania, como ocorre em grande parte dos países. Sobre o tema, são dignas de transcrição as palavras de Bordieu, para quem, “*se a técnica do jogo não existisse, eu não poderia ter a intenção de jogar*”⁵⁰⁰.

Tratando-se dos limites ao controle social, o primeiro deles é o seu exercício dentro do quanto prelecionado por normas constitucionais e legais⁵⁰¹, sendo que não devem existir, no procedimento traçado pelo legislador, nenhum empecilho ou exigência que não atenda à finalidade pública impedindo a máxima eficácia do controle social⁵⁰².

Destarte, o direito à informação, pertencente a cada cidadão, não é absoluto e impõe-lhe como dever que a finalidade do controle social seja o atendimento ao interesse público, de modo que não deve prestar-se à perseguição de inimigos políticos, ou à obtenção de vantagens pessoais, naturalmente. Além disto, o multicitado direito encontra limites em relação às informações de caráter sigiloso que abordem a segurança nacional⁵⁰³, bem como em situações de conflitos de direitos de igual ou superior densidade jurídica⁵⁰⁴.

Neste diapasão, não devem ser opostos limites adicionais ao controle social, dada a sua importância como elemento complementar ao controle institucionalizado, e de alcance distinto deste.

Enquanto os órgãos de controle institucionalizados possuem limitações de pessoal, recursos e tempo, tendo que, muitas vezes, realizar fiscalização por amostragem, o controle social, se bem difundido, tem o condão de estar em todos os lugares, em cada escola, hospital,

498CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

499Paulo Bugarin *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

500Pierre Bordieu *apud* CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

501SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

502FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 383.

503Exemplo é o artigo 5º da Lei nº 65 de 1993 de Portugal.

504SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

e atento a cada obra pública, verificando se o escopo da política pública foi atingido, e se a população foi contemplada pelos dispêndios realizados, auxiliando o controle da eficiência da gestão pública.

Por fim, é imperioso consignar que é intuitiva a conclusão que um maior grau de controle social implica maior eficiência no controle da gestão pública, contudo, tal premissa nem sempre é verdadeira. Assim, por exemplo, se aventarmos a existência de controle social na elaboração de políticas públicas e alocação de recursos, é possível conceber cenários nos quais a sociedade, coletivamente, incline-se a uma escolha menos eficiente, do ponto de vista da utilidade pública.

Para compreender esta limitação do controle social, traz-se à baila o exemplo conforme o qual é possível que determinada sociedade (enquanto coletividade de cidadãos capazes de influir na elaboração de orçamento anual) prefira a vazão de recursos a um bem que propicie fruição imediata e ostensiva, ao revés de um sistema adequado de saneamento⁵⁰⁵, que é invisível, entretanto, tem o condão de salvar vidas, ou mesmo em detrimento de alguma melhoria que beneficiará sobremaneira as gerações futuras, malgrado essencial.

Esta linha de raciocínio está em consonância com a concepção moderna de democracia substantiva, a qual não se resume à vontade da maioria e ao viés processualístico do fenômeno da democracia pois deve se voltar ao bem-estar coletivo e à concretude de direitos das maiorias e minorias sub-representadas.

505FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 387.

Capítulo 4: O princípio da eficiência e a Constituição

4.1. Legislação – Constituições e o princípio da eficiência

Neste capítulo analisaremos a presença do princípio da eficiência na redação das constituições atualmente em vigor, em especial, no Brasil e em Portugal. Assim, a partir da análise de 194 constituições em vigor, constata-se que o princípio da eficiência atrelado à atuação estatal figura em 54 textos constitucionais, dentre eles, Brasil, Portugal, Bolívia, Chile e Venezuela.

Curiosamente, a maior parte dos países que expressamente adotam o princípio da eficiência não está, em geral, dentre os países ditos mais eficientes. Assim, dentre os 20⁵⁰⁶ primeiros países do ranking da OECD intitulado “*Better Life Index*”⁵⁰⁷, que mensura a qualidade de vida em cada localidade, apenas três possuem o princípio da eficiência no setor público em suas constituições (Suécia e Espanha, Áustria).

De forma análoga, apenas um país entre os 10 possuidores dos serviços públicos mais eficientes, a Suécia, de acordo com a organização inglesa “Institute for Government”⁵⁰⁸, possui a característica multicitada.

Por fim, ao confrontar o rol de países que consagram constitucionalmente a eficiência administrativa com o ranking de qualidade de serviço público elaborado pela organização “*The global economy*”⁵⁰⁹, percebe-se que os países que oferecem serviços públicos de qualidade em sua maioria não mencionam a eficiência em suas constituições, a exemplo da Finlândia, da Noruega e da Holanda.

Em suma, o que se nota é que na maior parte dos países nos quais o estudado princípio tem envergadura constitucional, a eficiência administrativa é projetada apenas no plano da carta maior, sem que de fato seja exigida e praticada na rotina administrativa. A cláusula é comum, por exemplo, nas constituições latino-americanas (dentre os 20 países da América Latina, 17 tratam da eficiência na atuação pública), sendo digno de nota a inclusão, neste rol, da Venezuela, Brasil e Guiana.

506Noruega, Austrália, Islândia, Canadá, Dinamarca, Suíça, Países Baixos, Suécia, Finlândia, Estados Unidos da América, Luxemburgo, Nova Zelândia, Bélgica, Reino Unido, Alemanha, Irlanda, Áustria, França, Espanha, Eslovênia.

507OECD. **Better Life Index**. Disponível em: <<http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/#/111111111111>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

508Institute for Government index for best performing civil services in the world. Disponível em: <<https://www.instituteforgovernment.org.uk/news/latest/new-index-ranks-best-performing-civil-services-world>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

509The global economy public services index. Disponível em: <https://www.theglobaleconomy.com/rankings/public_services_index/> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

De acordo com o artigo 141 da Constituição Venezuelana, a “*administração pública está a serviço do cidadão e é baseada nos princípios da honestidade, participação, expeditiousness, eficácia, eficiência, transparência, accountability, e responsabilidade na performance das funções públicas, sendo plenamente submetida ao Direito*”. Ora, o mandamento mencionado não podia destoar mais da realidade venezuelana, que se aproxima cada vez mais de tornar-se um “estado falido” com instituições e serviços inoperantes em um cenário antidemocrático e antirrepublicano.

De forma explícita, a reforma constitucional de 2015 no Laos reconhece, no preâmbulo constitucional, que a administração estatal requer especial foco, tornando explícita a necessidade de atuação eficiente do estado e o escopo de tal reforma.

Mais adiante, dentro do grupo de constituições analisadas, existem aquelas que, para além de prever a atuação eficiente do Estado, estabelece a adoção da eficiência como critério a ser analisado pelos órgãos de controle, a exemplo do general *comptroller* ou Tribunal de Contas, como ocorre na constituição austríaca, no artigo 126-B, nº 5.

Nestes casos, não resta dúvidas da competência material dos referidos órgãos, em que pese reste necessário averiguar se, de fato, esta competência é exercida, considerando as dificuldades técnicas mencionadas nos capítulos antecedentes para a análise da eficiência de determinada conduta.

O confronto dos textos constitucionais que erigem a eficiência a princípio norteador da administração pública e a realidade do respectivo país revela que, ao menos em uma parcela destes ordenamentos, a adoção do princípio da eficiência funciona como constitucionalização simbólica, em sua modalidade legislação álibi, conforme classificação de Marcelo Neves.

Nesta linha de intelecção, conforme o supramencionado autor, a legislação simbólica é a inserção no plano legal/constitucional de disposições que, em vez de pretender regular condutas humanas, servem a propósitos políticos ideológicos. Assim, a referência deôntico-normativa está em segundo plano, sobrepujando a feição política valorativa, retirando do texto legal a sua normatividade, restando apenas a textualidade com o escopo de justificar a ação estatal.

De acordo com Marcelo Neves⁵¹⁰, a legislação simbólica pode ser dividida em três modalidades, quais sejam, a normatização como compromisso dilatatório, a legislação como confirmadora de valores sociais e, por fim, a legislação álibi.

510NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 33.

A primeira modalidade mencionada consiste na solução de disputa entre dois grupos políticos através do adiamento do conflito por meio de ato legislativo desprovido de eficácia sociológica⁵¹¹. Neste caso, o legislador prevê a inobservância da lei e, por consequência, sua incapacidade em solucionar o conflito, tendo o condão, apenas, de postergá-lo. Um exemplo deste fenômeno seria, conforme apresentado por Marcelo Neves, a Lei sobre empregados domésticos da Noruega, que a pretexto de melhorar as condições de trabalho dos referidos trabalhadores, previa penalidades notoriamente brandas para os empregadores faltosos. Assim, a lei em referência não possuía o condão de verdadeiramente tornar eficaz o conjunto de medidas protetivas dos empregados domésticos, eis que apenas adiou o enfrentamento da questão.

De outro turno, na legislação simbólica com o escopo de confirmar valores sociais, há a vitória real de um grupo social, ainda que esta vitória seja apenas ideológica, sem real aplicação do texto normativo. Nesta situação, existem durante o processo legislativo dois grupos de interesse que buscam a prevalência de seus valores no texto normativo, sendo que quando um deles logra êxito em inserir seus valores ou ideologia no texto normativo, considera-se vitorioso e em posição de vantagem social, ainda que a lei não produza efeitos práticos.

Como exemplo deste tipo de legislação simbólica Marcelo Neves⁵¹² menciona a cognominada “Lei Seca” estadunidense. De acordo com o autor, os partidários da proibição de consumo de álcool não visavam tanto a sua eficácia instrumental quanto o respeito social, manejando a referida lei como símbolo de status, hipertrofiando a dimensão ideológica em relação à sua dimensão normativa e instrumental.

Por fim, e de maior interesse ao presente trabalho, Marcelo Neves elenca a legislação *álibi*⁵¹³, na qual o legislador, pressionado pelos cidadãos, edita normas com o fito de atender a expectativas do povo, ainda que sem a real intenção de efetivá-las.

Nesta linha de intelecção, o escopo do legislador é demonstrar ser sensível às demandas populares. Um exemplo clássico desta modalidade de legislação simbólica é o endurecimento de leis penais após um crime de comoção nacional. Visa-se, com a edição da mencionada lei penal, a satisfação do anseio popular, ainda que a sua edição não tenha a capacidade de diminuir a criminalidade ou evitar crimes da mesma natureza.

511 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 41.

512 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 33.

513 NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 37.

Como consequências da constitucionalização simbólica, Marcelo Neves⁵¹⁴ vislumbra o surgimento de movimentos sociais tendentes a demandar a existência de uma democracia efetiva, ou, no outro extremo, o simbolismo das disposições constitucionais pode desembocar na apatia generalizada da população, desconectada das forças de poder, gerando uma crise de representatividade.

Por fim, o autor menciona ainda como possibilidade de maior gravidade a recorrência à realidade constitucional através do manejo do autoritarismo e de uma constituição meramente semântica, muitas vezes a pretexto de devolver ao povo o poder ocasionalmente detido por uma elite. O resultado, contudo, é a dominação institucionalizada.

Neste cenário, a aposição constitucional do princípio da eficiência aplicado à administração pública muitas vezes figura como uma legislação álibi, com a finalidade de responder aos reclamos sociais, considerando as características históricas da administração pública em diversos países, pautada pela excessiva burocratização, lentidão, formalismo excessivo, desprezo pelo cidadão, desperdício de recursos públicos e subperformance, especialmente quando comparada à atuação do setor privado.

Assim, percebe-se que a expressa menção ao princípio da eficiência administrativa relaciona-se ao passado próximo da administração da coisa pública, numa tentativa de alterar a realidade até então vigente, de consagração de formalismo em detrimento de resultados. Por outro lado, é possível ainda que a cláusula seja utilizada como forma de legitimação da atuação administrativa, sem nenhuma pretensão real de aceno à eficiência do manejo da coisa pública, v.g., na Venezuela, cuja constituição semântica prevê a eficiência do procedimento administrativo quando, em verdade, a administração pública serve apenas aos interesses do governante.

4.1.1. O princípio da eficiência da administração pública no Brasil

O princípio da eficiência administrativa figurou pela primeira vez no Ordenamento Jurídico Brasileiro no seio da Constituição cidadã de 1988. Contudo, a menção só veio a ocorrer com a reforma engendrada pela emenda constitucional nº 19/98, especialmente voltada para a reformulação da administração pública de modo a torná-la mais próxima da administração gerencial praticada nas empresas privadas.

514NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 126.

Neste sentido, a promulgação da constituição cidadã de 1988 representou a culminação de dois anos de trabalho da assembleia constituinte, que recebeu forte participação popular e a influência de lobby de diversas categorias, dentre elas, a dos funcionários públicos⁵¹⁵.

Assim, criticou-se o engessamento estatal promovido por uma constituição de cunho social, com gastos públicos constitucionalmente garantidos e aparelho estatal inflado, sem grande possibilidade de seu remanejamento por parte do poder executivo, fazendo-se necessária uma reforma constitucional com o escopo de tornar a administração pública mais enxuta e eficiente.

Ainda é digno de nota que, ao tempo da promulgação da Constituição brasileira de 1988, houve a divulgação do consenso de Washington, documento no qual economistas americanos, especialistas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, indicam dez pontos a serem adotados pelos países em desenvolvimento para que florescessem em um ambiente de globalização. Dentre estas diretivas estava a diminuição de gastos públicos e a adoção de uma administração pública mais eficiente, conselhos adotados por diversos países da América latina, o que serviu como fator influenciador da reforma administrativa brasileira.

O conjunto de emendas capitaneado pela emenda constitucional nº 19/98 visou corrigir este excesso de engessamento e a grandeza estrutural da Constituição de 1988, inserindo o princípio da eficiência em consonância com o espírito popular vigente, já cansado do formato tradicional de administração pública, ineficiente e inoperante, cheio de absurdos *kafkianos*, e em consonância com o espírito que pairava no plano internacional, de adoção de uma administração pública gerencial, como aconteceu em diversos países de tradição anglo-saxã.

Adotou-se, pelo menos em tese, uma administração pública voltada para resultados, em oposição àquela até então delineada, voltada para o procedimento, garantias de legalidade e proteção excessiva dos servidores públicos⁵¹⁶.

Além da inclusão textual do princípio da eficiência, a emenda constitucional nº 19 trouxe outras alterações com o escopo de prover de densidade o sobredito princípio. Nesta linha, aumentou o lapso temporal necessário à aquisição de estabilidade funcional (art. 41),

515DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 19

516DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 89.

flexibilizou a estabilidade dos funcionários estatais, prevendo a perda do cargo em casos de atuação ineficiente mediante avaliação de desempenho (art. 41, §1º, III); determinou que os servidores colocados em disponibilidade devem perceber remuneração proporcional, em detrimento do modelo anterior de percepção de vencimentos integrais (art. 41, §3º), dentre outras mudanças com o mesmo espírito.

Em seguida, outras emendas constitucionais seguiram-se à emenda constitucional nº 19, com o mesmo espírito desta, alterando o aparato estatal e sua forma de funcionamento com o fito de torná-lo mais gerencial e menos burocrático. Assim, a emenda constitucional nº 20 buscou tornar a previdência social mais eficiente, eliminando seu déficit; a emenda constitucional nº 25 fixou limites para as despesas dos poderes legislativo e municipal, e a emenda constitucional nº 45 promoveu a reforma do poder judiciário, com o declarado escopo de torná-lo mais eficiente.

Ressalte-se que antes mesmo da inserção do princípio da eficiência de forma expressa no texto constitucional, a doutrina especializada já o mencionava, atrelado ao procedimento da administração pública, consoante se percebe ao compulsar a obra de Hely Lopes Meirelles, que menciona a eficiência, associada ao dever de boa administração do direito italiano, como dever da administração, apontando como fonte normativa do mesmo o Decreto-lei nº 200/67⁵¹⁷.

A doutrina brasileira, contudo, divergiu por muito tempo acerca da sua aplicabilidade, entendendo-o como princípio de aplicação prática tortuosa. Para ilustrar este sentimento, transcrevem-se as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹⁸, para quem: *“quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto...”*.

Na jurisprudência, a resistência doutrinária à força normativa do princípio da eficiência reverberou nas mais altas Cortes e o Ministro Cezar Peluzo, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de medida cautelar (medida cautelar na ação declaratória de

517Hely Lopes Meirelles *apud* DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 83.

518MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 92.

constitucionalidade nº 12/DF⁵¹⁹), consignou que, no seu sentir, a eficiência não podia ser considerada um princípio, malgrado sua expressa menção constitucional. Por outro lado, nos mesmos autos, o Ministro Carlos Ayres Britto, oriundo do Ministério Público Especial de Contas, afirmou em seu voto que, dentre os princípios aplicáveis à administração pública, a eficiência administrativa destacava-se como dos mais relevantes.

De forma geral, os tribunais judiciais entendem o mencionado princípio como uma determinação de busca de produtividade (STJ 5ª turma, REsp 581.073/MG⁵²⁰), bem como uma determinação de atuação com agilidade por parte da administração pública (STJ, 2ª turma, REsp 687.947/MS⁵²¹), sendo curioso notar que é escassa, na doutrina e jurisprudência, a menção à eficiência sob as lentes da análise econômica do direito.

Como é destacado por Jefferson Aparecido Dias em sua obra acerca da eficiência e moralidade na constituição brasileira, o princípio da eficiência foi interpretado pela jurisprudência brasileira como uma determinação de atuação menos dispendiosa possível, com menor gasto para o erário. Para o autor, a eficiência, neste viés, em nada se assemelha ao princípio da boa administração do direito italiano, apontado por grande parte da doutrina brasileira como raiz ou precedente da eficiência prevista na Constituição de 1988.

Assim, este princípio italiano é embebido de viés moral e ético, carga axiológica distinta, conforme Jefferson⁵²², daquela que gestou o princípio da eficiência no direito brasileiro, de fundo gerencial e focado em uma necessidade de performance, muito mais que em um determinado padrão ético⁵²³.

Não que não existissem, na sociedade brasileira, anseios de ética e moral na atuação da administração pública. Neste sentido, até meados da década de 90, era comum a alusão à necessidade de pagamento de “incentivos” a funcionários públicos para a realização de funções que deveriam exercer de ofício, meramente dar impulso a procedimentos administrativos. Era, na verdade, o famoso “criar dificuldades para vender facilidades”.

519ADC 12 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427.

520REsp 581.073/MG, 5ª Turma, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 11/12/2006, Superior Tribunal de Justiça.

521REsp 687.947/MS, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira. julgado em 21/08/2006, Superior Tribunal de Justiça.

522DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 91.

523GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18.

Percebe-se, assim, que a eficiência e a moralidade estavam intrinsecamente relacionadas na administração pública brasileira, e ganharam cada qual seu princípio norteador no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, já que o mesmo erige como princípio da administração pública tanto a eficiência quanto a moralidade.

A partir do comando constitucional foram editadas leis com o mesmo espírito de atuação eficiente do estado, podendo-se mencionar a Lei Complementar nº 96/99 (que disciplina limites para a realização de despesas com pessoal), a Lei nº 9.801/99 (disciplina a perda de cargo público por excesso de despesas), a Lei Complementar nº 101/2000, cognominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja espinha dorsal é o equilíbrio entre despesas e receitas e a Lei nº 11.079/2004 que trata da contratação de Parcerias Público Privadas.

Resta analisar se os tribunais (tanto os judiciais comuns quanto os Tribunais de Contas) aplicam o princípio da eficiência e, em caso afirmativo, se esta aplicação é adequada e está de acordo com a acepção original da eficiência, consoante explanado no presente trabalho.

Neste intento, Luciano Benetti Timm e Giuliano Toniolo⁵²⁴, em investigação acerca da aplicação do princípio da eficiência nos tribunais do Rio Grande do Sul, chegaram à conclusão de que, nas vezes em que maneja o referido princípio como fundamento de decisões, o colegiado atrela o princípio da eficiência à noção de boa administração, de bom procedimento, e não ao seu significado econômico de melhor performance com a menor quantidade de recursos. Para tanto, a dupla de pesquisadores analisou 100 acórdãos daquele tribunal, que mencionaram eficiência ou “princípio da efetividade”, nos quais restou concluído que ao mencionar a ausência de eficiência, estaria o colegiado aludindo a deficiências na qualidade do serviço público prestado, manejando o conceito de forma solta.

De forma análoga, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵²⁵, percebe-se que, em pesquisa realizada desde a promulgação da Constituição de 1988 até o dia 30 de abril de 2017, a palavra princípio figura em 19.789 acórdãos. Deste universo, a palavra eficiência consta de apenas 186 julgados (um percentual de 0,0094% do montante

524TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. **A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS**. Disponível em: <<https://doi.org/10.5102/prismas.v4i2.457>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

525LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, ago. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76706>>. Acesso em: 25 Ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.76706>.

anteriormente mencionado). Nestes, a eficiência integra a fundamentação do decisório em apenas 37 casos, sendo que em 30 destes casos a eficiência é apenas mencionada, sem nenhuma dilação acerca do seu significado ou alcance. Conforme ressaltado pelos autores, em que pese o princípio da eficiência ser considerado pela doutrina um princípio implícito mesmo antes da emenda constitucional nº 19/98, antes da referida emenda o supremo tribunal federal não utilizou o princípio como fundamento de suas decisões. De forma geral, os ministros manejam o tema de forma leiga, sem adensamento conceitual, ao ponto de, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, o Ministro Cezar Peluzo, em seu voto, afirmar que o princípio da eficiência “*não chega a ser sequer um princípio*”.

Por fim, cumpre analisar a aplicação do princípio da eficiência na atuação do Tribunal de Contas da União⁵²⁶. Sobre o referido tribunal, conforme já explanado no presente trabalho, o cerne da sua competência encontra-se nos artigos nº 70 e 71 da Constituição Federal do Brasil, que fixam a competência do TCU para fiscalizar a aplicação dos recursos públicos quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Neste espeque, a doutrina brasileira⁵²⁷ entende que o controle da eficiência pode ser extraído do controle da legitimidade e economicidade, reconhecendo, contudo, que não há identidade entre os conceitos e que a eficiência não se esgota em uma ação legítima e econômica, na esteira do quanto reconhecido em alguns de seus julgados pelo Tribunal de Contas da União.

De início, cabe salientar que por vezes o TCU, assim como observado no Poder Judiciário, serve-se da alusão ao princípio da eficiência de forma genérica, utilizando-o como um recurso retórico, sem nenhum adensamento conceitual⁵²⁸. Porém, neste tribunal percebe-se com maior frequência o enfrentamento da temática da eficiência, de forma diversa do que ocorre nos tribunais judiciais.

Nesta senda, a análise das decisões do Tribunal de Contas da União denota que, na maior parte das decisões analisadas, o princípio da eficiência é utilizado como sinônimo da análise dos custos envolvidos na atividade administrativa, como ocorre na decisão nº 010.262/2011⁵²⁹ do pleno daquela Corte. Em outras, em franco avanço conceitual, o tribunal

526Flavio Garcia Cabral. Artigo. **O princípio da Eficiência administrativa na jurisprudência do TCU**. Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro. Volume 277. N. 1. Pag. 151-174. Jan-abril de 2018.

527BATISTA JR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 498.

528Como ocorre no acórdão nº 4.306/2014 da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União.

529Acórdão de Relação nº 010.262/2011, 2ª Câmara, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 025.143/2011-15, Sessão aos 01/11/2011, Tribunal de Contas da União.

alude não apenas aos custos envolvidos ao englobar, em sua análise, os resultados ou benefícios auferidos, manejando o binômio tradicionalmente atrelado ao princípio em comento.

É esse o posicionamento observado na tomada de contas nº 020.494/2005-7⁵³⁰ da Segunda Câmara do TCU, no bojo da qual restou afirmado que “*a eficiência consiste na obtenção da melhor relação entre custos e benefícios, categorias estas que, como mencionado acima, não foram avaliadas com maior profundidade no presente feito*”. Percebe-se de forma explícita a alusão à análise de custos-resultados, atrelando a performance ao princípio da eficiência.

Outras associações realizadas pela jurisprudência da Corte de Contas são entre o princípio da eficiência e a noção de atuação administrativa célere⁵³¹, evitando morosidades desnecessárias, e à ideia de atingimento de finalidade, como ocorre, v.g., no Acórdão nº 031.336/2015-9 do plenário do Tribunal de Contas. Esta última interpretação, ainda que mais escassa naquela Corte de Contas, alude a aspecto também usualmente atrelado ao princípio da eficiência, qual seja, que atuação eficiente pressupõe o atingimento de determinado resultado.

Ressalte-se que as acepções supramencionadas se complementam e não apresentam incompatibilidades entre si, representando o amadurecimento do conceito de eficiência na doutrina e jurisprudência Brasileira.

4.1.2. O princípio da eficiência no Ordenamento jurídico de Portugal

Primeiramente, em se tratando de país membro da União Europeia, cumpre destacar quais influxos comunitários permeiam a ordem jurídica portuguesa, se não como nascente de direitos e princípios internos, como vetor interpretativo daqueles já existentes.

Neste espeque, toma-se como ponto de partida a carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que estabelece, em seu artigo 41, o direito à boa administração⁵³², expressão originada do direito italiano e muitas vezes associada ao princípio da eficiência. Trata-se, pois, de elenco de direitos fundamentais invocáveis perante órgãos da União Europeia.

No desdobramento do princípio estabelecido no *caput* daquele artigo, restam previstas, dentre outras, a motivação das decisões administrativas, a equidade e imparcialidade no

530Representação nº 020.494/2005-7, Rel Min. Benjamin Zymler, Segunda Câmara, Tribunal de Contas da União.

531Como ocorreu no Processo nº 003.827/2000-1 do Tribunal de Conta da União.

532LEONG, Hong Cheng. **O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.** Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_30.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2020.

atendimento do particular em prazo razoável, além do acesso garantido do particular a expedientes de seu interesse, ressalvadas eventuais situações de confidencialidade.

Cumprе ressaltar que se trata de norma dirigida à União Europeia, e não aos seus estados-membros, salvo em contextos de aplicabilidade do direito europeu por cada estado-membro⁵³³, sendo inegável, contudo, o seu papel como fonte do direito interno e agente influenciador do elenco de direitos fundamentais nas ordens jurídica dos estados-membros, tendo, conforme destacado por Moura Ramos⁵³⁴, a importante função de *soft law* em relação aos referidos ordenamentos jurídicos, representando uma “*contaminação da normatividade interna pela ordem jurídica comunitária*”⁵³⁵.

Em Portugal, a Constituição de 1976 não estabelece, de forma expressa, o direito fundamental e amplo à eficiência. Porém, encontra-se sua menção no artigo 81, “c”, que estabelece: “*ao assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;*”.

A interpretação sistêmica do dispositivo permite notar que a eficiência do setor público mencionada significa a eficiência do setor público quando atuando como setor produtivo, de forma equivalente ao setor privado, regido pelas leis de mercado. Já no artigo nº 64, 3, “b” a Constituição Portuguesa fixa como incumbência estatal “*garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde*”, determinando a eficiência e a racionalidade especificamente para o setor de saúde do Estado.

Por fim, no plano constitucional, a doutrina aponta que a eficiência administrativa em geral deflui dos itens do artigo nº 267, notadamente o 2, que trata da eficiência no contexto do procedimento administrativo, o item 5, que determina a necessidade de racionalização de meios a utilizar na atividade administrativa, do qual também é possível extrair a raiz do princípio da eficiência.

É de forma categórica que João Carlos Simões Gonçalves Loureiro afirma que o princípio da eficiência tem envergadura constitucional⁵³⁶ prescindindo, a sua detecção, de recurso ao Direito não escrito ou a um “princípio constitucional estrutural pré-dado”. Para o autor, a demonstração do caráter constitucional do princípio da eficiência pode ser

533Vide artigo 51 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

534MOURA RAMOS, Rui Manuel. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia -Alguns Aspectos.** In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel *et al.* Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 55/57.

535OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo.** Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019. p. 457.

536LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 133.

comprovado pela invocação da cláusula do Estado Social, ou ainda encontrá-lo em diversos dispositivos constitucionais, *inter alia*, o mencionado artigo nº 267.

É digno de nota que, doutrinariamente, a noção da boa administração encartada na carta de direitos fundamentais da união europeia identificou-se, em Portugal, com a noção de eficiência, em um sentido muito particular, qual seja, a de que a administração pública deve atuar de forma mais adequada possível, de forma a adotar princípios privados de gestão e racionalização de meios. Nas palavras de Paulo Otero não existe, para a administração pública, “*a faculdade de mal administrar*”⁵³⁷.

Como bem destaca Rogério Soares⁵³⁸, o sentido verdadeiro da boa administração deve ser perquirido a partir dos poderes jurídicos que afetam poderes à administração pública, já que, neste esquema, todo poder é instrumento de atingimento de determinado fim. Assim, é justamente destes poderes que surge um dever de atuação (e de concretização de comandos), ou melhor, configuram verdadeiros “poder dever”

Nesta senda, conforme o pensamento de Rogério Soares⁵³⁹, o que se determina à administração pública não é simplesmente a atuação, mas uma atuação de certa maneira (e esta maneira está intimamente ligada ao atingimento de um fim). Neste intento, a escolha dos meios para tal desiderato é de fulcral importância, devendo ser um meio capaz de atender o interesse público em causa.

Assim, deve o agente explicar como manejou aquele poder para atender, de forma substancial uma necessidade pública, em verdadeiro dever de boa administração, e não de mera “administração”. Para ilustrar a questão, traz-se à cola o ensinamento de Rogério Soares⁵⁴⁰:

"Como, todavia, os fins são específica e inderrogavelmente determinados ao agente, conveniente só pode ter um sentido: o de melhor meio, de justo, de óptimo. (...) Quando, porém os fins da actividade são impostos ao sujeito, e este é, como já tivemos ocasião de demonstrar, o caso da administração, há toda a necessidade de lhe impor conjuntamente o dever de os realizar; mas como eles estão integralmente determinados na sua individualidade, e, directa ou

537OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019. p. 78.

538SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 201.

539SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 188.

540SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 189.

indirectamente, na sua dimensão, o juízo do agente é um puro juízo técnico, é a este incumbe encontrar o único meio que integralmente satisfaz a necessidade.

Por esta maneira, bom é sinónimo de ótimo, boa administração equivale a ótima administração. A figura do bom administrador aparece como um momento de conceituação teleológica, ao inverso das de bom pai de família, proprietário prudente, etc., vigentes no âmbito do direito privado, que são deduzidas através duma experiência média da vida."

Ora, ainda por volta de 1966, Marcello Caetano já previa que *“existe ainda uma vasta obra a realizar no sentido de simplificar trâmites, abreviar procedimentos e reduzir custos, aumentando a produtividade do pessoal, o rendimento dos serviços e a comodidade do público (...) o que constitui problema é assegurar à administração o conhecimento permanente das autênticas necessidades e dos legítimos interesses dos administrados, e a garantir o esclarecimento do público acerca dos propósitos e razões de decidir da Administração, de modo a diminuir o mais possível tensões e atritos entre administradores e administrados”*⁵⁴¹.

Ausente da dicção constitucional, o princípio da boa administração previsto na carta europeia figura de forma expressa no código de processo administrativo, em seu artigo 5º⁵⁴², conforme seu item 1: *“a administração pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade”*.

Neste espeque, Pedro Cruz⁵⁴³ aponta ser a boa administração um valor jurídico que, conforma presente na doutrina alemã, é um princípio não escrito de cunho estrutural presente em toda a forma de manifestação de administração pública. Por consequência, os princípios contidos na boa administração portuguesa, quais sejam, a eficiência, a economicidade e a celeridade gozariam, para este trabalho, das mesmas características.

541 CAETANO, Marcelo. **A construção de uma doutrina portuguesa de Direito Público**. Coimbra: Almedina, 2012. P. 297/299.

542 **Princípio da Boa Administração**. DRE. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357342/view>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

543 SILVA, Pedro Cruz e. **Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in “ Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho- Departamento de Ciências Públicas, subordinado ao tema Ética e Direito” coord. Joaquim da Rocha, Tomo II, 2013 Braga, 2014, pp. 125-136, acesso em 25 de agosto de 2020, disponível em: < http://www.direito.uminho.pt/Uploads/Anu%C3%A1rio/Final_Anu%C3%A1rio_2013_Etica_e_Direito.pdf>

Assim, para Filipa Calvão⁵⁴⁴, o princípio da eficiência é intrínseco à função administrativa, em especial à atuação administrativa discricionária, considerando que a margem de atuação conferida ao agente público nesta instância tem como fito o atingimento do interesse público no caso concreto. A autora, citando Rogério Soares, destaca que na atividade discricionária deve-se eleger o único/melhor meio para atingir determinada necessidade pública, feição assemelhada à aplicação do próprio princípio da eficiência.

Para Diogo Amaral⁵⁴⁵, a noção de boa administração possui, em Portugal, sentido diverso daquele que lhe é atribuído pela legislação europeia ao tempo em que, no direito nacional, a boa administração significa que a atividade administrativa deve ser orientada pelo vetor de materialização eficiente (econômica, racional e expedita) do interesse público constitucionalmente e legalmente traçados, devendo a Administração Pública ser estruturada para potencializar a referida finalidade.

Em sentido contrário, traz-se à baila o pensamento de Jorge Pereira da Silva, segundo quem o princípio da boa administração e seus desdobramentos resumem-se à “*wishful thinking*” ou princípios retóricos que, na qualidade de *soft law* não estão no mesmo patamar dos princípios fundamentais da atividade administrativo devido às dificuldades práticas de sua implementação⁵⁴⁶.

Conforme destaca Filipa Urbano Calvão, a grande utilidade do princípio da eficiência reside na organização e procedimento administrativos, sendo um princípio dirigido ao legislador, que deve visar a atuação eficiente ao delinear o *iter* da marcha administrativa. Como exemplo, a autora menciona a determinação legal de imputação em sentido favorável na hipótese de demora de decisão administrativa, impedindo que determinado procedimento se torne demasiadamente longo, comprometendo a eficiência da atuação administrativa.

Ainda acerca do princípio da boa administração aplicada ao procedimento administrativo, Paulo Otero⁵⁴⁷ afirma que o mesmo envolve cinco aspectos, que são: (i) a desburocratização (a simplificação de atos); (ii) a eficiência (através da utilização ótima de meios e maximização de resultados); (iii) a economicidade (utilização mínima de recursos

544CALVÃO, Filipa Urbano. **O princípio da eficiência**. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49810>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

545AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 36.

546LEONG, Hong Cheng. **O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração**. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_30.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2020.

547OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2016. p. 107.

para alcançar o máximo de vantagens; (iv) a celeridade (proibindo expedientes inúteis) e (v) a aproximação dos serviços à população em geral.

Questionou-se na doutrina portuguesa se a inserção do princípio da boa administração no novo Código de Procedimentos Administrativos incrementaria o poder fiscalizatório dos Tribunais, uma vez que pacificado que os deveres de celeridade, eficiência e economicidade integram o plexo de deveres da administração pública. Argumenta-se que a boa administração restaria vinculada em compromissos mais profundos que a mera legalidade e, assim, aos órgãos de controle caberia verificar não apenas a legalidade, como aspectos atinentes à oportunidade e conveniência.

Em resposta a esta pergunta, assentou-se, na maior parte da doutrina, que continuaria vedado aos tribunais o exame dos aspectos relacionados à oportunidade e conveniência, integrantes do mérito administrativo, cuja proteção é expressão do princípio da separação dos poderes⁵⁴⁸. Conforme a doutrina, o princípio da boa administração não estreou no ordenamento português através do artigo 5º do CPA, representando um desdobramento de princípios já encartados no texto constitucional, como, por exemplo o princípio da persecução do interesse público⁵⁴⁹.

Ilustrando tal posicionamento, Diogo Amaral⁵⁵⁰ afirma que não se deve confundir juridicidade com justiçaabilidade. Assim, o dever de boa administração (e os seus desdobramentos conforme o artigo 5º do CPA) é um dever jurídico que não integra o espaço de justiçaabilidade, já que não possui proteção jurisdicional. Conforme o autor, é impossível a pretensão jurídica de declaração de que determinada atuação administrativa não foi, do ponto de vista da técnica, a mais eficiente, sendo, assim, anulada. Deste modo, os tribunais possuem competência para analisar a legalidade dos atos e decisões administrativas, porém não o seu mérito.

Admitindo tal posicionamento, de que forma atuaria a juridicidade do princípio da boa administração? Conforme Diogo Amaral⁵⁵¹, esta se expressaria, *inter alia*, através de reclamações e recursos administrativos que apontem vícios de mérito administrativo, ou a cominação de penalidade disciplinar pela violação do dever de boa administração.

548Artigo 111, 1 da Constituição da República Portuguesa

549Artigo 266, 1 da Constituição da República Portuguesa.

550AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 36.

551AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 37.

O autor ressalta, ainda, que existem deveres jurídicos que outrora integraram o dever de boa administração, porém que na atualidade configuram interesses autônomos, derivados dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, a ideia de que cabe, à Administração, adotar decisões que cumpram o interesse público sem, para isso, realizar algum sacrifício desproporcional de interesses particulares não integra, por exemplo, a boa administração, configurando ilegalidade passível de controle judicial.

Em arremate, defende que o mérito da atuação administrativa é inviolável, porém que pode o Ordenamento Jurídico retirar dele aspectos e elevá-los ao plano da legalidade, momento no qual estariam suscetíveis de controle judicial. Não seria o caso, ao menos ainda, da eficiência e do princípio da boa administração⁵⁵².

De forma análoga, conforme Marco Caldera⁵⁵³, o princípio da boa administração se trata de uma norma de ação para a administração, não de uma norma de controle, a ser manejada pelos Tribunais. Para o referido autor, a determinação da forma mais adequada e conveniente de persecução do interesse público deve caber à administração pública, não competindo aos magistrados analisar a eficiência dos meios empregados ou mesmo a avaliação dos resultados atingidos.

Este é posicionamento da maior parte da doutrina portuguesa⁵⁵⁴, para a qual a análise, pelos tribunais (aqui incluído o Tribunal de Contas) do princípio da eficiência acarretaria a invasão do mérito administrativo⁵⁵⁵ e violação da separação dos poderes⁵⁵⁶. Logo, o dever de boa administração, e, por decorrência, o princípio da eficiência, produz um dever jurídico imperfeito⁵⁵⁷, considerando que a sua não observância não acarretaria nenhuma sanção no mundo jurídico.

Assim, parte expressiva da doutrina portuguesa defende a não justiciabilidade do princípio da eficiência (bem como do princípio da boa administração), de modo que somente

552AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 38.

553CALDEIRA, Marco. **A César o que é de César: O “novo” princípio da boa administração à luz da separação de poderes**, in “B.O.A.”, n.º125, Abril 2015, Lisboa, p. 46/47.

554Neste sentido, este é o posicionamento de João Caupers (em Introdução ao Direito Administrativo), André Salgado e Marcelo Rebelo de Sousa (Direito Administrativo Geral, tomo I), Diogo Freitas do Amaral (Curso de Direito Administrativo).

555SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 202.

556 ASSIS RAIMUNDO, Miguel. **Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular**, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016. pp. 253/290.

557 SOARES, Rogério. *Apud* LEONG, Hong Cheng. **O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração**. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_30.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2020.

receberiam proteção jurisdicional quando acionados como expressão de outros princípios, *inter alia*, o princípio da proporcionalidade⁵⁵⁸.

Conforme destacado por Suzana Tavares, os tribunais judiciais limitam o seu juízo ao âmbito da legalidade, restando aos Tribunais de Contas a análise de parâmetros de “boa gestão financeira”, influenciados pelo conceito inglês de *value for Money*⁵⁵⁹. Tal expansionismo decisório explica-se, dentre outros fatores, pela influência exercida pelo Tribunal de Contas Europeu que funciona como ponto de convergência entre a atuação dos tribunais de conta no modelo continental e anglo-saxônico.

Na mesma linha de raciocínio, João Catarino⁵⁶⁰ aponta que na atualidade o Tribunal de Contas realiza mais que mero controle de legalidade, mas, de forma ampliativa, vê paulatinamente reconhecidas e atribuídas competências para o controle de eficiência, economicidade e eficácia, em conformidade com critérios de boa gestão financeira.

Em Portugal, o Tribunal de Contas é o órgão Supremo de fiscalização⁵⁶¹ da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas⁵⁶² a ele submetidas por Lei, que, por sua vez, estabelece, dentre outros comandos, que cabe ao Tribunal de Contas a apreciação da boa gestão financeira⁵⁶³.

Interpretação ampliativa destes comandos espraia os poderes de Tribunal de Contas para além do controle de legalidade, com fundamento nos artigos 5, I, c e art. 44, 3, c da Lei nº 98/97, especialmente porque, em determinadas situações, o aludido tribunal analisa a racionalidade econômica de certas decisões administrativas implementadoras de políticas públicas. Contudo, conforme destacado pela mencionada autora, “*o controle da eficiência das medidas não pode resvalar para um controle de eficácia das políticas, nem para um controle político das decisões de gestão orçamental*”⁵⁶⁴.

558 LEONG, Hong Cheng. **O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.** Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_30.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2020.

559SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência.** Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

560CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro.** 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 315.

561Ressalta Paulo Otero que o Tribunal de Contas não é um órgão de administração, mas sim verdadeiro tribunal titular de uma jurisdição própria, que consiste na jurisdição financeira. OTERO, Paulo. Relatório de uma disciplina - Direito Administrativo. p. 283.

562Artigo 214 da Constituição da República Portuguesa.

563Lei n. 98/97 (LTC) artigo 1, I.

564SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência.** Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Em arremate, Suzana Tavares destaca que, malgrado não seja princípio exposto no texto constitucional, o princípio da eficiência adquiriu, em Portugal, a feição de princípio fundamental, a partir da “ancoragem transconstitucional” do Estado português, a partir da qual resultaria o que a autora cognomina de “transmigração” do conflito entre legalidade substancial e formal do Direito Constitucional para o Direito Administrativo.

Em que pese, na atualidade, a prevalência da legalidade substancial, legitimando a atuação administrativa a partir de princípios como o da eficiência, Suzana Tavares critica as tentativas de controle da implementação de políticas públicas a partir da legalidade substantiva, já que esta atividade de controle servir-se-ia de instrumentos tradicionais de controle da atividade administrativa, não manejando “patamares superiores”, é dizer, não invocando novos princípios jurídicos, ou mesmo dialogando com outras instâncias judiciais. O controle estaria, assim, inflado de aspirações modernas, contudo confinado a métodos do passado.

O exemplo acostado pela autora é emblemático. Trata-se do processo nº 01143/06 nos autos do qual fora exarado acórdão do Supremo Tribunal Administrativo aos 06.03.2007 acerca da decisão de encerramento de blocos de parto em certas maternidades. Na oportunidade, o Tribunal reconheceu uma “reserva da administração” no interior da qual não caberia controle judicial, salvo violação dos princípios encartados no artigo 266 da CRP.

Nas palavras da autora, “*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 controle das decisões destinadas a implementar a política*”⁵⁶⁵. Como sugestão, caberia ao magistrado, e.g., a mobilização de standards fixados por instituições internacionais, a exemplo da Organização Mundial da Saúde, ainda que não inseridos no direito positivo pátrio.

Portanto, serviria o princípio da eficiência como critério de avaliação dos meios escolhidos, e não seria aplicável, assim, à escolha do fim público a atender, salientando Suzana Tavares que o princípio da eficiência encontraria grande utilidade no campo da fiscalização da atividade privada das entidades públicas⁵⁶⁶.

4.2. Princípio da eficiência x Princípio da Legalidade

565SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência**. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890>. Acesso em 25 de agosto de 2020.
566AC 106/09 (processo nº 193/09) de 11.05.2009 do Tribunal de Contas de Portugal.

Neste tópico pretende-se analisar a relação, por vezes de convergência, por vezes de conflito, entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade. No cotidiano, é usual que se mencione o engessamento da atuação administrativa pelas leis, ou reclamações sobre a ineficiência causada pela hipertrofia da burocracia. Questiona-se a natureza da relação entre os dois princípios referidos e, em caso de conflito, se algum deles deve prevalecer *prima facie*.

Em relação ao princípio da legalidade administrativa, parte-se da conhecida máxima segundo a qual ao agente público cabe fazer o que a lei determina. Conforme lição de Carlos Motta⁵⁶⁷, o princípio da legalidade consiste em pré-condição indispensável do Estado de Direito.

De forma notória, a noção de vinculação entre a atuação administrativa e a Lei se desdobra em quatro princípios, a saber⁵⁶⁸: (i) a supremacia da Lei, segundo o qual todos devem se submeter a lei, não podendo a atuação administrativa ser contrária à Lei; (ii) a preferência da lei, conforme o qual a lei não pode ser revogada por ato de natureza diversa exarado pela Administração Pública; (iii) a reserva da lei e (iv) a precedência da Lei.

Outrossim, consiste em materialização da segurança jurídica que floresceu na modernidade através do positivismo jurídico, ante o receio da burguesia em relação à atuação dos Poderes Judiciário e Executivo. Após a segunda guerra mundial a insuficiência do modelo legalista despidido de aspectos axiológicos resta patente, enfraquecendo o papel da Lei como agente limitador do Estado e promotora das liberdades individuais.

Neste espeque, Gustavo Binimbojm⁵⁶⁹ aponta elementos responsáveis pela derrocada do modelo de supremacia da Lei, *inter alia*, a percepção de que a lei positivada pode prover de legitimidade atrocidades como aquelas vivenciadas durante o Holocausto judeu, a constitucionalização do Direito e o controle de constitucionalidade, a produção excessiva de leis, dentre outros.

Assim, o advento do pós-positivismo jurídico ascende ao mesmo patamar das regras escritas os princípios, trazendo para o universo jurídico carga axiológica que sequer necessita estar positivada para existir e gerar efeitos no Ordenamento Jurídico, em conjuntura desafiadora dos paradigmas positivistas.

567MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.77.

568OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2016. p. 140.

569BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127/136.

Mário Aroso de Almeida⁵⁷⁰ destaca que vivemos uma “*crise de legalidade, caracterizado pela crescente abertura do quadro legal disciplinador da atuação administrativa, que envolve a atribuição pelas normas à Administração de amplos poderes-deveres de ponderação, no âmbito dos quais esta se vê investida de poderes de valoração próprios, submetidos a parâmetros normativos limitados de atuação e de controlo, designadamente pelos tribunais*”.

O autor complementa “*é concorrentemente afirmado que, ao longo das últimas décadas, se assistiu a uma marcada evolução do Direito Administrativo no sentido de uma normatividade principialista, que se caracteriza pela configuração de princípios jurídicos que, começando por ser construídos como técnicas de controlo primacialmente jurisdicional da atividade administrativa (normas de controlo), vieram a ser rapidamente assumidos nos diferentes ordenamentos jurídicos como parâmetros disciplinadores da atuação da Administração (normas de ação) no exercício de amplos e sempre crescentes poderes de valoração próprios que lhe são conferidos pelo legislador.*”⁵⁷¹”.

Neste panorama existem, portanto, princípios e regras, cuja nota distintiva, além da generalidade (princípios possuiriam maior abstração e generalidade que as regras), consiste em seu aspecto qualitativo, de modo que para Robert Alexy⁵⁷², consistem os princípios em mandamentos de otimização de concretização em intensidade variável, de acordo com o caso concreto e com as possibilidades jurídicas (variando conforme a existência de regras ou outros princípios colidentes), a partir da regra de sopesamento.

Ronald Dworkin⁵⁷³ conceitua os princípios como um “*padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”, exemplificando como princípio “*um padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos*”.

Conforme a lição de Canotilho e Vital Moreira⁵⁷⁴, “*os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional*”.

570ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p.37.

571Idem, ibidem.

572ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

573DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.35.

574CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993. p. 436.

De outro turno, as regras são normas baseadas no tudo ou nada, é dizer, aplicam-se ou não. O seu conflito resolve-se pela validade de uma em relação à outra, ou a partir de uma norma de exceção. No presente trabalho, entende-se que a legalidade não é um princípio, mas sim uma regra, que instrumentaliza a concretização do princípio da segurança jurídica (este é o valor protegido pela regra da legalidade).

Hodiernamente, compreende-se que, para além do princípio da legalidade, a administração pública submete-se ao princípio da juridicidade⁵⁷⁵, de acordo com o qual a sua atuação tem como fundamento, limite e objetivo o Ordenamento Jurídico considerando em sua plenitude, consistindo a lei em apenas um de seus elementos.

De forma diversa, a eficiência consubstancia verdadeiro princípio jurídico, já amplamente explorado no presente trabalho, podendo ser concretizado em diferentes medidas, conforme se configuram as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao analisar o dito princípio no direito brasileiro em reflexão que pode ser estendida aos demais ordenamentos jurídicos democráticos e republicanos Emerson Gabardo⁵⁷⁶ afirma que a eficiência, *“mais que um princípio administrativo, é um princípio de direito constitucional, condicionante de toda a atividade administrativa do Estado, inclusive a enquadra como da ordem econômica (constitucional ou não)”*.

Para Hely Lopes Meirelles⁵⁷⁷, a eficiência é dever que se impõe à atividade administrativa, não mais contentando-se esta atuação com a mera legalidade, devendo o serviço público não apenas ser prestado, mas ser ofertado de forma satisfatória e com resultados positivos, por exemplo.

Nesta linha de intelecção, com o surgimento do Estado de bem-estar a legalidade é insuficiente para atender os anseios da coletividade, surgindo novo plexo de princípios norteadores da atividade administrativa, dentre eles o princípio da eficiência. Logo, a legalidade perde o seu caráter de “super princípio”⁵⁷⁸ e a lei não consegue, ante a complexidade do mundo atual, oferecer resposta a todas as situações da vida, quando surge a eficiência para atenuar o formalismo exagerado do legalismo estrito e tendência de burocratização.

575OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2016. p. 138.

576GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18.

577MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 97.

578BATISTA JR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 347.

Não é por acaso que, durante o movimento do *new public management* houve significativo aumento de privatizações e transferência de prestação de diversos serviços públicos para empresas privadas (ainda que o Estado permanecesse como acionista majoritário), no que restou caracterizado como “fuga para o Direito Privado”⁵⁷⁹.

Ora, a noção subjacente é que o excesso de regras e legalismo típico da forma pública de organização representaria entrave à persecução do princípio da eficiência, que floresceria mais facilmente em ambiente privado de atuação.

Para Onofre Alves Junior⁵⁸⁰, não se trata de opor legalidade e o princípio da eficiência, mas sim este último e a ineficiência. Sob este novo enfoque, a legalidade na administração pública é redesenhada e passa a ter limites mais amplos, em adaptação ao estado de bem-estar social e em atendimento aos reclames sociais, com o amadurecimento da democracia.

Este redesenho da legalidade diminuiu o âmbito de atuação discricionária dos agentes administrativos, que atualmente se encontra atrelado não apenas à Lei em sentido estrito, mas também à constituição ao plexo de princípios implícitos que hodiernamente compõem a juridicidade.

Retomando as palavras de Mário Aroso Almeida⁵⁸¹, o contexto de evolução do Direito Administrativo de normatividade estrita para normatividade principialista é que deu luz a disposições como o art. 8º do Código de Processo Administrativo de 2015, que consagrou o princípio da razoabilidade como novo parâmetro de atuação e controle da Administração Pública, ou o art. 5º, que consagra o princípio da boa administração, exemplos de abandono do princípio da legalidade estrita.

Daí a sugestão perspicaz de que resta superada a dicotomia entre conduta vinculada e discricionária, tratando-se, atualmente, de tons gradação de vinculação do ato administrativo à juridicidade⁵⁸². Em outras palavras, no cenário pós-positivista a eficiência é parâmetro de controle da atuação discricionária, devendo-se perquirir se, no seu juízo de conveniência e oportunidade, o administrador utilizou e serviu-se adequadamente dos meios disponíveis para o atingimento do interesse público.

579A observação é de SILVA, Susana Tavares da. **Um novo Direito Administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 48.

580BATISTA JR, Onofre Alves. **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**. Coimbra: Almedina, 2015.

581ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p.37.

582 LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Legalidade e eficiência na Administração Pública**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147504/2014_ludwig_guilherme_legalidade_eficiencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Porém, considerando a possibilidade de incompatibilidade entre a legalidade e a eficiência no caso concreto, qual valor deve ser resguardado? Deve o administrador ater-se à legalidade ou escolher ser eficiente? A doutrina diverge neste ponto e antes de consignar o alinhamento deste trabalho, serão expostos os posicionamentos de alguns doutrinadores.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁸³, o princípio da eficiência tem o escopo de agregar valor aos demais princípios, não devendo sobrepor-se a eles, principalmente à legalidade, já que esta tutela a segurança jurídica, e, por conseguinte, as bases do Estado de Direito. No mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que é explícito ao declarar que a eficiência é concebida na intimidade da legalidade, já que a busca pela primeira não pode eclipsar a legalidade, “dever administrativo por excelência”⁵⁸⁴.

De outro giro, Paulo Modesto⁵⁸⁵ aponta que a eficiência é consequência da legalidade substancial (e não a meramente formal), consistindo em aspecto material da legalidade administrativa. Em alinhamento com o mencionado autor, Onofre Batista⁵⁸⁶ afirma que o desafio da atualidade é a busca da eficiência em equilíbrio com a legalidade, não devendo se falar em confronto entre os dois valores, visto a sua complementaridade, à medida que “*o Estado assume o ônus da prestação de serviços públicos, o interesse e a sobrevivência de grande número de indivíduos passam a depender da eficiência da Administração Pública e não apenas da legalidade, como almeja o regime administrativo burocrático*”.

Ainda, de acordo com o autor, a eficiência não pressupõe a renúncia a nenhum aspecto do Estado de Direito, e deve ser praticada respeitando a submissão da atuação administrativa à Lei de forma geral⁵⁸⁷.

De forma perspicaz, Emerson Gabardo⁵⁸⁸ afirma que ambos os princípios estão ligados pelo princípio constitucional implícito da finalidade pública, motivo pelo qual o aparente conflito entre eles deve ser solucionado através do equilíbrio entre ambos e da prevalência do atingimento da finalidade pública na atuação administrativa.

583DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005. p. 83.

584MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122.

585MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em < <https://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> > . Acesso em 25 de agosto de 2020. p. 6.

586BATISTA JR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 332.

587 BATISTA JR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 702.

588GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130.

Gabardo ressalta ainda a ligação entre a legitimação pelo procedimento e a democracia, assim, um ato não pode ser reputado eficiente se a sua análise o revela ilegal, imoral ou parcial⁵⁸⁹. Conclui afirmando que “*a eficiência não está no enfraquecimento da lei ou do procedimento, mas no seu aprimoramento e valorização*”⁵⁹⁰.

O presente trabalho filia-se ao pensamento de Gabardo para quem a legalidade é uma regra concretizadora do princípio da segurança jurídica e, assim, deve-se ter em mente que a aludida segurança é materializada igualmente por outros princípios e regras, dentre eles a eficiência, considerando que o princípio da segurança jurídica demanda a não frustração das expectativas sociais, seja em relação às condutas normatizadas, ou, em uma acepção moderna, na atuação administrativa tendente à concretização dos valores constitucionais e direitos fundamentais.

Logo, é também expressão da segurança jurídica a certeza de obter uma resposta adequada da Administração Pública, não havendo cisão entre a segurança jurídica e o princípio da eficiência da Administração Pública, manifestação inerente ao Estado Democrático de Direito, que deve estar presente tanto na atuação legislativa através da edição de norma geral e abstrata, tanto no procedimento do agente estatal do qual emanam os atos administrativos.

Em resumo, o princípio da eficiência vem prover de substância a legalidade estrita e orientar a atuação administrativa à realização dos princípios, normas e direitos vertidos em determinado Ordenamento Jurídico, dando suporte aos anseios constitucionais. Não é possível, contudo, simplesmente negar a regra da legalidade, devendo haver a coexistência e complementaridade de ambos, em prol do aprimoramento da atuação estatal.

Para ilustrar o posicionamento, traz-se à baila a colocação da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em seu voto no Recurso Especial nº 549.253/RS: “*...o Judiciário não pretende imiscuir-se na atividade precípua do órgão público. A intervenção que se pretende é em nome do princípio da eficiência e da moralidade, porque não se pode admitir que permaneça uma comunidade a aguardar solução, por mais de humano. O que se espera é que haja uma resposta, uma informação, um reconhecimento, pelo menos. A era da pós-modernidade está a exigir da Administração Pública postura que a identifique com a sociedade à qual serve, superando a grave crise de identidade e de gestão,*

589GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97.

590GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126.

ambas escondidas no princípio da legalidade, retórico, formal, ocultando, sem dúvida alguma, o intuito de manter-se no status quo. Não se apregoa aqui a quebra do princípio da legalidade. Afinal, é ele a expressão maior do Estado de direito. No entanto, pretende-se proclamar, sim que o princípio da legalidade não pode ser entendido como submissão absoluta à lei, deixando os Poderes da República a reboque do Legislativo. Neste início de século, a lei e o princípio da legalidade colocam-se em função dos ideais de Justiça. A nova proposta é para que se assente a legalidade, a que se submete a Administração, na dimensão global do ordenamento jurídico, no qual estão consagrados valores constitucionalmente inerentes ao modelo de Estado ali previsto. E, nesse modelo, a transparência, a eficiência e a moralidade transparecem como corolários da legalidade”.

Assim, vislumbrando caso concreto onde existe situação ilegal e ineficiente é inegável a possibilidade de ingerência dos órgãos de controle com o escopo de sanar a situação e declarar a nulidade do respectivo ato administrativo, se resolvendo, no mais das vezes, a irregularidade pelo princípio da legalidade, camada prévia à análise da eficiência da atuação pública.

Exemplo do cenário descrito acima é o descumprimento de prazos legalmente fixados para a tomada de decisão em procedimentos administrativos, acarretando muitas vezes o ajuizamento de ações judiciais para que a administração pública atue de forma tempestiva.

Por outro lado, a situação torna-se complexa quando se trata de ato realizado dentro da legalidade, porém ineficiente sob o ponto de vista gerencial. Nestes casos, a jurisprudência demonstra que a resposta é casuística, devendo prevalecer a norma que melhor atende ao interesse público de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Em que pese a prevalência intuitiva da legalidade, por vezes os órgãos de controle consagram a eficiência, atenuando a regra da legalidade.

Assim, por vezes o Poder Judiciário, de forma excepcional, atenua a estrita legalidade com vistas a maximizar os resultados e minimizar os custos envolvidos⁵⁹¹. Em decisão desta natureza, o Tribunal Federal Regional da 1ª Região do Brasil consignou que a Administração deve atuar alinhada aos princípios constitucionais, entre eles a eficiência, contexto em que não

591Na apreciação do recurso de apelação nº 157-90.2000.01.3400, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou o entendimento de que não deve ser aplicada a Instrução Normativa nº 13/99, da Secretaria de Defesa Agropecuária, que estipulava o prazo de sessenta dias para a concessão de licenciamento de importação de alho. Conforme o entendimento da Corte, A fixação de prazo desta magnitude malferia o princípio da eficiência, considerando, notadamente, a perecibilidade do produto em testilha. Nesta senda, o colegiado determinou que a União não aplicasse a regra vergastada, de modo a apreciar os pedidos de licenciamento em menor prazo.

deve observância apenas ao princípio da legalidade, exigindo, além deste, a apresentação de resultados positivos na atuação pública, atendendo às necessidades coletivas.

De forma análoga, o Tribunal de Contas da União do Brasil admite a mitigação da legalidade para promover a potencialização dos resultados da atuação administrativa em benefício do interesse público. Exemplo desta situação pode ser encontrado no Acórdão do Plenário daquela Corte, de nº 392/2006⁵⁹², ao analisar a Lei de Licitações brasileira (Lei nº 8.666/93), em especial o seu artigo 38, parágrafo único, que estabelece que todas as minutas de editais de licitações, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração.

Em que pese a existência de jurisprudência formada daquele órgão sobre a necessidade de observância da norma supramencionada, na oportunidade em análise a Corte permitiu a rotina administrativa de adoção de minutas padronizadas em nome da racionalização de recursos públicos, materiais e de pessoal, à revelia da norma que determinava um procedimento de aprovação individualizada daquele documento.

Ante o exposto, conclui-se que ambos os princípios se orientam ao fim maior da persecução do interesse público, devendo a solução de seu conflito aparente ser buscada caso a caso e, sempre que possível, o princípio da eficiência da administração pública deve ser manejado como um catalisador da legalidade substantiva e dos valores constitucionais.

4.3. Princípio da Eficiência como pressuposto do regime democrático

Da análise acima, depreende-se que a aposição expressa do princípio da eficiência no texto constitucional de determinado país não garante a implementação de uma administração pública eficiente, ou mesmo um maior grau de densidade dos direitos fundamentais assegurados ao respectivo povo.

De fato, a análise sistemática das constituições denota que o grupo de nações que expressam constitucionalmente o princípio da eficiência é composto, em sua maioria, por países que *desejam* uma administração pública eficiente, mas que ainda não a possuem, ao menos de forma sistêmica. É o caso, *inter alia*, da constituição do Tuvalu (artigo 172, 4, que, inclusive, menciona a realização de auditorias utilizando o método *value for Money*), da Venezuela (art. 141), do Brasil (art. 37), da Zâmbia (artigo 53), do México (artigo 6º), da Somália (artigo 34) e da Colômbia (artigo 209).

592Plenário/TCU, Acórdão 392/2006, Processo n. 008.107/2005-4, Rel. Min Walton Alencar Rodrigues, DOU 31/03/2006.

No tocante à América do Sul, o fenômeno é curioso, já que a análise das constituições daquela região aponta a presença do princípio da eficiência em nada menos que 10 (dez) textos constitucionais, revelando a existência de um “empréstimo” de texto e uma influência exógena regional na gênese das constituições da região.

As similaridades são inegáveis. Assim, enquanto a constituição boliviana em seu artigo 232 assegura que *“la administración se rige por los principios de la legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados”*, o artigo 209 da carta maior da Colômbia estabelece que *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*.

O par de elencos traça altas expectativas para a administração pública, certamente como resposta ao contexto histórico constitucional vivido por aqueles países, representando, os dispositivos, a negação de um comportamento passado e um anseio para o futuro. Evitaremos, no presente trabalho, atribuir ao princípio da eficiência a pecha de “norma programática”, o que, em tese, autorizaria a sua aplicação diferida, conforme a evolução do Estado e a reunião de condições favoráveis para a sua concretização.

Assim, reconhece-se o influxo geográfico e histórico na inserção de determinado princípio no texto constitucional, porém, entende-se que, uma vez inserido na carta magna de determinado país, ainda que por arte de uma assembleia constituinte demagoga, os princípios devem receber peso e densidade de norma jurídica. A inserção de princípios por demais vagos e impraticáveis (que não é o caso do princípio da eficiência, diga-se de passagem), enfraquece a norma da constituição como um todo, e é a porta de entrada para a ineficácia das constituições que, atingindo uma norma que seja, tem muitas vezes o condão de espriar-se para os demais dispositivos constitucionais.

Soma-se a isso a noção de que uma constituição que proclama uma administração pública eficiente em um Estado de desempenho pífio denota a falta de identidade entre a constituição real e a constituição escrita, tornando-se esta última uma mera “folha de papel”, para utilizar o termo cunhado por Ferdinand Lassale.

De forma correlacionada, consoante já explanado, Marcelo Neves⁵⁹³ introduz o conceito de “legislação álibi”, uma modalidade de legislação simbólica cuja peculiaridade consiste na elaboração de legislação com o fito de corresponder às expectativas dos cidadãos e fortalecer a confiança em um Governo ou no Estado, sem que se ofertem condições mínimas para a efetividade da referida norma.

Como consequência da profusão de legislação simbólica, ocorre o descrédito do sistema jurídico, sedimentando na mente dos cidadãos que a edição de legislação não enseja a positivação de normas jurídicas, disto resultando “que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos”⁵⁹⁴.

Uma peculiaridade da legislação álibi é que além de não solucionar as questões propostas, ela obstrui o caminho para a resolução do pleito ao criar a ilusão de resolução do problema e “bloquear” a via para alternativas, desviando o foco dos cidadãos e legitimando a conduta dos detentores do poder. Não possui, portanto, apenas o aspecto negativo (de ausência de efeitos normativos), mas goza de relevante papel político ideológico, aliviando a pressão social e oferecendo suporte eleitoral para os políticos em geral.

Pode-se aventar que tal fenômeno acomete a eficiência enquanto princípio constitucional nos moldes como positivado em diversos dos países mencionados. Tratar-se-ia, portanto, de resposta a anseios coletivos e o fruto natural das cólicas de uma época marcada pela má gestão de recursos públicos e escassos, que, contudo, não se fez acompanhar dos “instrumentos” práticos e teóricos que lhe oferecessem a substância necessária para “ser” no mundo dos fatos, e não apenas “dever ser” no mundo etéreo do Direito.

Esse panorama justifica a afirmação já colacionada de Celso Antônio Bandeira de Mello, doutrinador brasileiro, que assim comentou o princípio da eficiência inserido na Constituição brasileira de 1988: *“quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto”*⁵⁹⁵.

O excerto acima foi extraído da obra do mencionado autor no ano de 1999, ano seguinte à introdução do princípio da eficiência na constituição brasileira, por ele analisada. Talvez o caráter novel do princípio da eficiência à época é a razão de ser do posicionamento

593NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 37.

594NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 40.

595MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92.

do autor, já que o fato é que, mais e mais, a eficiência está no centro da discussão e ganhando tração nos países de tradição latina (considerando que naqueles de tradição anglo-saxã ele já é amplamente explorado).

A própria crise de representatividade e legitimidade vivenciada pelas democracias modernas tangencia a (ausência de) eficiência na atuação estatal, já que se tem a noção de que o Estado não está orientado a satisfazer as necessidades públicas, e, mesmo quando parece bem intencionado, muitas vezes não consegue transformar os recursos despendidos em utilidade para a população.

Como apontado por Loureiro, o direito administrativo (e a atuação da administração) deve representar o direito constitucional concretizado⁵⁹⁶. Assim, o autor critica a dicotomia entre "direito constitucional" e "direito ordinário" ressaltando o influxo que deve ocorrer entre a Constituição e os diversos ramos do Direito, mormente o Direito Administrativo.

Nestes termos, como instrumento concretizador do ideal constitucional, e, de forma mediata, da própria dignidade da pessoa humana, a eficiência da administração pública atrela-se à própria ideia de justiça⁵⁹⁷.

Neste sentido, Paulo Otero giza que as constituições possuem um esquema axiológico que lhes permeia, inexistindo constituição dita axiologicamente neutra⁵⁹⁸. Deste esquema axiológico derivam três efeitos mencionados pelo autor, quais sejam, o dever de agir em conformidade aos valores constitucionais, a proibição de agir em contrariedade aos mesmos valores e, por fim, a necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com esquema axiológico constitucional (interpretação conforme a constituição, não apenas seu texto, mas seus valores).

O atual estágio do Estado de Direito, o Estado de Direitos Humanos⁵⁹⁹ destacado por Otero, caracteriza-se por ser “um modelo de sociedade política ao serviço da pessoa humana”⁶⁰⁰, tendo o ser humano como fim, a partir da pedra fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana.

596 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 176.

597 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 147.

598 OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 21.

599 Para explorar o conceito: OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais. Vol. 1**. Ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 477.

600 OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 31.

Assim, abordando a Constituição Portuguesa em raciocínio que, em nosso sentir, pode ser estendido às constituições modernas de forma geral, afirma o referido autor que “se é certo que o bem-estar constitui elemento estruturante de um estado social, configurado pela Constituição como instrumento de realização da democracia económica, social e cultural, não deixa de ser verdade que reside na dignidade da pessoa humana o fundamento último da preocupação do bem-estar pelo Estado”⁶⁰¹.

O modelo de Estado de bem-estar fixado constitucionalmente cria para o Estado deveres, de tal modo que as atividades públicas são orientadas à realização do bem-estar geral, de promoção do estado social e todos os direitos fundamentais constitucionalmente fixados⁶⁰². Não é, portanto, uma faculdade estatal, mas sim uma imposição, de implementação do Estado de bem-estar social. É o que Paulo Otero cognomina de “*deveres jurídicos de acção tendentes à concretização do bem-estar*”⁶⁰³.

Neste esboço, o imperativo de ação em direção ao bem-estar dirige-se ao legislador, que deve inserir o bem-estar social como vetor da criação legislativa e da eleição de medidas públicas. Em adição, dirige-se, ainda, à administração pública, que seria, nas palavras de Paulo Otero, “destinatária complementar e compensadora”⁶⁰⁴ do comando ordenado ao legislador.

Por fim, destaca Otero⁶⁰⁵ que o multicitado imperativo de ação recai também sobre os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional que deve realizar a defesa da Ordem Constitucional através da análise da constitucionalidade por ação e por omissão das normas implementadoras do bem-estar social, ou da ausência destas normas. É dizer, a atuação do legislador deve ser controlada no tocante à persecução dos valores centrais da constituição, o que resulta na constatação que o legislador não está livre para decidir quais são as necessidades públicas e qual o ideal de sociedade deve implementar, devendo seguir o “script” constitucional.

601OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 100.

602OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 101.

603OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 102.

604OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 103.

605OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 103.

Neste sentido, todos os atores acima são essenciais à concretude constitucional, não sendo suficiente a existência de valores constitucionalmente vazados, nem mesmo a sua projeção sobre a legislação infraconstitucional sob a forma de planos de ação, políticas públicas e modais deônticos clássicos, se não existir a sua adequada implementação pelo aparato estatal administrativo, bem como a disponibilização de recursos que devem ser aplicados de forma eficiente, considerada a natural escassez do erário em face das necessidades públicas, em especial em um Estado de bem-estar social.

Em outras palavras, sem a ação eficiente do aparato estatal (em todas as suas instâncias), “os direitos fundamentais materializadores de uma sociedade bem-estar nunca passarão de meras proclamações de papel”⁶⁰⁶.

Esta essencialidade do aparato prático estatal para materializar até os mais abstratos anseios constitucionais revelam, conforme o multicitado autor, que a constituição confere protagonismo político à administração pública e à sua atuação (e esta conclusão é do presente trabalho), logo, a qualidade desta atuação, pela sua relevância, não pode estar à míngua de controle, seja pelos órgãos de controle especializado, a exemplo do Tribunal de Contas, seja pelo guardião da constituição, o Tribunal Constitucional.

Coroando o raciocínio esposado, Paulo Otero aduz que a legitimação do Estado na atualidade não pode estar contida no seu ideal democrático, de modo que o resultado eficiente da atuação estatal consiste num necessário novo foco de legitimidade, chamada por ele de “legitimação pelo êxito”⁶⁰⁷.

No mesmo sentido, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, tratando do procedimento na Administração Pública, afirma que a “*racionalidade do processo de decisão. Associada à uma maior transparência, é decisiva para a aceitação do resultado pelos ‘consumidores do Direito’*”⁶⁰⁸.

Não obstante a preocupação de muitos legisladores constitucionais em tornar explícito o princípio da eficiência na atuação administrativa (consoante já exemplificado no presente trabalho), o fato é que, a partir da premissa de que parcela expressiva da legitimidade estatal consiste no êxito em implementar o programa constitucional, o princípio da eficiência torna-

606 OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 104.

607 OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 104.

608 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 93.

se comando implícito às constituições democráticas modernas, e deve ser observado ainda que não expresso na Carta Maior.

Decorre, portanto, da relação de mandato que vige entre administradores e administrados, e é princípio inerente ao manejo de coisa de terceiro, de importância qualificada quando se trata de *res* pública. É este o posicionamento de Lúcia Valle de Figueiredo⁶⁰⁹ e Jessé Torres Pereira Júnior, para quem o “*princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de estilo um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à administração pública e é dela reclamado pelos administrados, justificadamente*”⁶¹⁰.

Pode-se aventar ainda se o princípio da eficiência da atuação administrativa não encontra guarida no Direito Pressuposto de Eros Roberto Grau⁶¹¹, entendido como as decorrências normativas do Estado Democrático de Direito. Assim, existiriam princípios latentes sob cada Ordenamento Jurídico, sob os quais o direito posto repousaria.

No mesmo sentido, para Paulo Modesto⁶¹² o princípio da eficiência consubstancia uma exigência intrínseca à atuação pública, considerando que esta tem caráter instrumental voltando-se à satisfação das necessidades públicas, sendo juridicamente inaceitável o comportamento administrativo ineficiente, negligente ou improdutivo.

Nesta linha de intelecção, consoante já destacado no presente trabalho, a crise de representatividade e de legitimidade vivida pelas democracias modernas demonstra a insuficiência do modelo proposto, qual seja, de legitimidade procedimental, não bastando, para determinado governo, aceder ao poder pela via democrática, do voto majoritário e o respeito aos direitos negativos.

O presente trabalho alinha-se ao ensinamento de Paulo Otero, entendendo-se que, no atual estado de desenvolvimento democrático, é imperioso que o governo eleito implemente o programa constitucional em sua inteireza, regras, princípios e valores, em uma atuação positiva e eficiente, para gozar de legitimidade constitucional: a legitimidade pelo êxito.

609 Lúcia Valle de Figueiredo *apud* CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 70.

610 Jessé Torres Pereira Júnior *apud* CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 70.

611 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.144/147.

612 MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em < <https://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Neste espeque, a eficiência assume papel central e de relevância clara na atuação estatal, não sendo facultado ao estado (por meio de seu representante) eleger livremente, à revelia de efetividade e eficácia, qual via deve adotar para atingir determinado fim público, devendo ele, em todas as situações, buscar a via de maior racionalidade econômica e eficiência, é dizer, que promova em maior grau as finalidades estatais, utilizando-se do mínimo de recursos possíveis.

Pela importância da reflexão realizada, transcreve-se as palavras do mencionado professor:

*“A legitimação pelo êxito na implementação da cláusula constitucional de bem estar determina que não seja indiferente o modo como se concretizam os imperativos de bem estar: o decisor deverá sempre procurar as medidas mais adequadas e escolher as melhores soluções, segundo critérios de economicidade e racionalidade, tendo em vista uma realização óptima do modelo de bem estar. A otimização ou eficiência na decisão torna-se, deste modo, um dever constitucional do legislador e da administração pública na concretização do estado social: a promoção do bem estar, segundo a constituição, não pode ser desligada da “qualidade de vida do povo” (art. 9º, alínea d)), envolvendo esta última, por definição, uma ponderação qualitativa do grau de bem estar.”*⁶¹³(destaques acrescidos)

4.4. A densificação do princípio da eficiência e o seu controle

Revelada a importância da eficiência a perpassar a atuação dos atores estatais (legislador e administrador) para a concretização dos preceitos constitucionais e, conseqüentemente, para a legitimidade do próprio Estado, torna-se clara a necessidade de seu adequado controle⁶¹⁴, em que pese a atual tendência de não enfrentamento da questão da

613OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 105.

614OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Volume 1 - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. P. 106: “Torna-se indiscutível que a eficiência da atividade implementadora do bem-estar constitui a melhor garantia de realização da democracia económica, social e cultural e, por consequência, da prossecução do fim último do estado: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Compreende-se, neste exacto contexto, que pelo grau de eficiência dos resultados na satisfação concretizadora da cláusula de bem-estar passe do êxito ou o fracasso da ordem constitucional própria de um estado social”.

eficiência pelos tribunais e órgãos de controle, tendo em vista a sua suposta identidade com o mérito administrativo ou o seu caráter político, no caso de decisões legislativas.

Nas palavras de Rogério Soares⁶¹⁵:

"Já vimos que, em primeiro lugar, o agente tem sempre de dar uma satisfação ao interesse público, que em face deste não goza como os particulares em face dos seus, da possibilidade de se abster. Mas agora aqui o dever do funcionário vai mais longe: impõe-lhe não só que procure uma solução, mas também, que encontre a melhor possível.

Quer dizer: não concede o legislador ao agente a liberdade de encontrar várias soluções, de prever vários possíveis sacrifícios de bens e de se determinar indiferentemente por uns ou outros; mas só lhe remete uma eleição que ele próprio faria se estivesse nas mesmas circunstâncias do administrador: a da solução óptima. só desse modo pode a lei dar por cumprida a sua tarefa em face do interesse primário - e por isso a fórmula encontrada pela administração será também, porque a lei quer e diz iuris et de iure, a melhor possível. fica deste modo fixado um último corolário do princípio da supremacia do interesse público - o princípio da optimidade da acção administrativa."

Consoante já consignado no presente trabalho, o mérito do ato administrativo consiste no juízo de conveniência e oportunidade para a definição da solução mais adequada ao caso concreto, no caso das escolhas discricionárias do agente administrativo⁶¹⁶. Conforme apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶¹⁷, a noção de mérito administrativo não vai além do círculo de liberdade indispensável para avaliar, caso a caso, a opção, dentre as legalmente disponíveis, mais conveniente e oportuna para o atingimento do interesse público.

Neste sentido, há, nas doutrinas lusitana⁶¹⁸ e brasileira⁶¹⁹, o entendimento corrente de que os órgãos de controle não devem, em sua análise, adentrar o mérito administrativo, campo

615 SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955. p. 141.

616 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 548.

617 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2017. p. 82.

618 "É sabido que não cabe à jurisdição administrativa controlar a eficiência das decisões da administração se por ela entendermos a pura e simples economicidade das decisões." LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 136.

de decisão resguardado, portanto, de eventuais análises de regularidade. Porém, na atualidade, parte da doutrina administrativista se insurge contra a absoluta inviolabilidade do mérito administrativo.

Neste esboço, de forma exemplificativa, menciona-se o posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶²⁰, segundo quem “*Na realidade, é possível que o direito brasileiro, ao inspirar-se no direito italiano com a afirmação de que o Judiciário não pode controlar o mérito do ato administrativo, tenha deixado de levar em consideração que naquele país existe a jurisdição administrativa, que tem competência para controlar o mérito, Quem não pode efetuar esse controle é a jurisdição comum.*”. Soma-se à autora o escólio de Hector Jorge Escola⁶²¹, cujas considerações são transcritas no presente trabalho, dada a sua relevância ao tema analisado:

“La actividad administrativa exige esa doble condición de legalidade y oportunidad o conveniência, y um control limitado a uno solo de esos aspectos seria incompleto, pusto que si no puede aceptarse que existan actos convenientes que sean ilegítimos, tampoco interessa, em verdade, que se produzam actos legítimos, pero inconvenientes o inoportunos”

Nesta linha de raciocínio, as instâncias judiciais, assim como os órgãos especializados de controle, vêm, paulatinamente, construindo raciocínios de modo a permitir a análise, ainda que parcial, de certos aspectos do cognominado mérito administrativo, mencionando, de forma exemplificativa, a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de poder e, conforme analisado no presente trabalho, a constitucionalização de princípios orientadores da administração pública.

Acerca deste último fenômeno, cumpre ressaltar que a atribuição de caráter normativo aos princípios elevou o controle de legalidade a um controle de juridicidade, incluídos nestas os princípios constitucionais e demais normas jurídicas. De acordo com Gustavo Binenbojm⁶²², a partir deste novo paradigma, os princípios jurídicos passam a verter sua juridicidade sobre a atuação discricionária, tornando possível que o magistrado exerça certa

619Para Seabra Fagundes, o mérito relaciona-se ao sentido político do ato: FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judicial**. São Paulo: Forense, 2010. p. 149/150.

620DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 134.

621ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo, v. II**. Buenos Aires: Ediciones DePalma, 1984. p. 1169.

622BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 209.

ingerência sobre o mérito administrativo⁶²³, ou, sob outro aspecto, diminuindo o âmbito do mérito.

Sobre o tema, Mário Aroso de Almeida⁶²⁴ afirma que ao disciplinar o princípio da boa administração e preencher o seu conteúdo com a eficiência, a celeridade e a economicidade, o artigo 5º do CPA trouxe para o Direito parâmetros não jurídicos, que, uma vez incorporados pela juridicidade, transformam-se em parâmetros jurídicos. Assim, por obra do princípio da boa administração a eficiência transitou do mérito para a juridicidade da atuação administrativa.

As novas atribuições dos órgãos de controle têm alguns fundamentos, podendo-se mencionar a transformação do papel do Estado, o avanço da força normativa da constituição e, de forma mais específica, as mudanças ocorridas por força de movimentos como o já mencionado *new public management*⁶²⁵, cuja dinâmica aponta para a diminuição de autonomia do Estado e maior cobrança de resultados.

Consoante o pensamento de Paulo Nogueira da Costa⁶²⁶, o controle da administração pública tradicional possui adequação para controlar a Administração Pública (também) tradicional, assim, os novos desafios e formatos da atuação administrativa demandam, para a sua eficaz fiscalização, de novos paradigmas de controle.

Nesta esteira, por influência da doutrina anglo-saxã, fatores como *accountability*, *responsiveness* e análise de *value for money* permeiam a responsabilidade dos agentes públicos, que, para além do dever de prestar contas, devem demonstrar que os recursos públicos foram empregados de forma eficiente e eficaz, em cotejo com os fins inicialmente pretendidos⁶²⁷.

Em adição aos argumentos esposados, nota-se que o sustentáculo central da proteção absoluta do mérito administrativo é aquele que o entende como uma expressão do Princípio da Separação dos Poderes, em que um outro poder não poderia adentrar esta zona de exclusividade do juízo administrativo.

Diogo Amaral⁶²⁸ destaca, como detalhe histórico do referido princípio, que o mesmo representa o resultado da desconfiança dos revolucionários franceses em relação ao judiciário,

623Cabe o apontamento de que, para parte da doutrina, a análise em lume não se trata de mérito, havendo certa dissonância acerca dos limites do mérito do ato administrativo.

624ALMEIDA, Mário Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 18.

625FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 287.

626COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. Lisboa: Petrony, 2017. p. 151.

627CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019. p. 318.

à época vistos como uma continuação da nobreza e do antigo regime. Assim, tolheu-se destes órgãos o poder de dirimir litígios que envolvessem a administração pública. A separação de poderes era, então, vista como uma proteção contra os excessos e ingerências do judiciário.

O referido autor afirma que, atualmente, o princípio da separação dos poderes representa "*a independência da justiça perante a administração e a independência da administração perante a justiça*"⁶²⁹, vedando que o judiciário atinja a essência da atuação administrativa (traduzida pelo núcleo da discricionariedade administrativa).

Assim, em que pese a importância do mencionado princípio, central à noção própria de constitucionalismo, no presente trabalho perfilha-se a ideia de que a análise controlada do mérito administrativo, com o escopo de verificar atendimento dos princípios constitucionais pelo ato administrativo não viola o sistema de freios e contrapesos entre os poderes, mas, em verdade, o reforça, ao assegurar a *accountability* dos agentes administrativos aos comandos constitucionais.

Conforme ressaltado por Miguel Assis Raimundo⁶³⁰, se o ativismo judicial é preocupante a partir da análise da separação dos poderes, a passividade judicial também deve ser evitada, já que promove a perda da força normativa do Direito. Em outras palavras, a verificação da eficiência da atuação administrativa deve ser realizada em respeito ao sistema de freios e contrapesos instalado pela separação dos poderes, de modo a atrelar a atuação dos três poderes ao ideal constitucional, seja o poder responsável por sua materialização (o Poder Executivo) ou o poder responsável pelo seu controle e fiscalização (os poderes judiciário e legislativo).

Para tanto, é certo que, no caso concreto, muitas vezes é tarefa difícil determinar a opção mais eficiente dentre aquelas disponibilizadas ao administrador público, tratando-se muitas vezes de opções viáveis e equivalentes, situação em que um agente pode achar que determinado caminho é o mais eficiente e outro pode pensar de forma diversa e ambos raciocínios são justificáveis. É dizer, existem: (i) as atuações flagrantemente ineficientes, existem, ainda, (ii) opções onde é possível apontar de forma objetiva qual é a mais eficiente e,

628AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 14.

629AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 15.

630RAIMUNDO, Miguel Assis. **Novos desafios da legalidade administrativa: o caso da eficiência como princípio jurídico**. In O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: u diálogo luso-brasileiro. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2019. (ebook). p. 132.

de outro lado, (iii) pode existir uma zona cinzenta dentro da qual é tarefa hercúlea a determinação da *melhor* opção.

O controle do princípio da eficiência deve ser realizado primordialmente nos dois primeiros cenários apontados, afastando-se quando não for possível determinar, dentre duas ou mais formas de atuação, qual é a mais afinada com os princípios constitucionais atinentes à administração pública. O referido resguardo retira grande parte da insegurança jurídica por vezes atrelada ao controle do princípio da eficiência, mas não é suficiente para extirpá-la deste âmbito de fiscalização.

Nesta linha de intelecção, faz-se mister delimitar o conceito do princípio da eficiência tornando o seu controle objetivo e retirando impressões pessoais ou confusões conceituais da sua abordagem. É justamente esta confusão (ou fluidez) conceitual que aflora da análise do princípio da eficiência pelos Tribunais lusitanos e brasileiros, que nas poucas oportunidades em que abordaram o mencionado princípio, o fizeram como sinônimo de boa administração, bom procedimento, atingimento de resultados (pura e simplesmente) ou mesmo como sinônimo de moralidade administrativa, tornando o princípio da eficiência um recurso retórico, apenas.

Logo, conforme proposto no presente trabalho, o princípio da eficiência aplicado à administração pública e utilizado como parâmetro de controle deve ser conceitualmente delimitado, promovendo seu adensamento e tornando-o um critério objetivo de controle. Assim, conforme proposto no capítulo 1, conceitua-se o princípio jurídico da eficiência como *“adequação instrumental das ações estatais perseguidoras das finalidades públicas, caracterizadas pelo máximo aproveitamento e utilização racional de recursos financeiros, humanos e materiais, com o objetivo de atingir o melhor resultado possível, tanto pelo viés qualitativo quanto pelo viés quantitativo, atingindo o maior grau de “rentabilidade social”⁶³¹ a partir dos recursos existentes⁶³²”*.

A atenção ao conceito proposto serve de vetor de atuação para o agente administrativo e provê de segurança jurídica a relação entre administração pública e órgãos de controle, funcionando como espécie de tipicidade, fenômeno que nas ciências sociais encontra eco na doutrina de Max Weber (tipos ideais) e Jung (tipos psicológicos), e no campo normativo é usualmente encontrada nos direitos penal e tributário.

631A expressão é de MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

632Conceito encontrado no capítulo 1 tópico conceito jurídico constitucional.

O fato é que se naquelas searas a adequação típica pressupõe a imputação da pena devendo o cidadão agir evitando a perpetração de condutas típicas, no tocante ao agir administrativo deve o agente atuar dentro das condutas tipificadas, podendo percorrer apenas os caminhos para ele previstos em lei (decorrente da máxima de que ao agente administrativo só é dado agir quando e como legalmente determinado).

Assim, considerando que o princípio da eficiência administrativa gera um comando para o agente administrativo, os órgãos de controle devem analisar a conduta administrativa em face do referido comando, que, à semelhança da teoria da tipicidade, *“representa a média ou a normalidade de uma situação concreta, seguindo-se daí que a noção de tipo admite as dessemelhanças e as especificidades, desde que não se transforme em desigualdade ou anormalidade”*⁶³³.

Conclui-se que, ao controlar a eficiência da atuação administrativa, os órgãos de controle devem partir da premissa básica de que não há apenas uma forma eficiente de agir, não se tratando a análise da eficiência administrativa de norma de subsunção, mas cuja técnica pressupõe espécie de adequação analógica (assim, na lição de Arthur Kaufmann⁶³⁴, o tipo possui conteúdo firme, embora não possua limite firme).

Em outras palavras, o parâmetro de controle (o ideal de eficiência, ou o ótimo de eficiência) deve funcionar como norte da atuação administrativa, não necessitando existir uma identidade total entre o parâmetro idealizado pelo julgador e a atuação controlada, o que levaria à utopia de existir apenas uma forma de atuação administrativa eficiente, criando para o administrador tarefa Hercúlea de atingimento impossível.

É exatamente devido à noção de que a eficiência pressupõe ideal inatingível (ou ao menos indeterminável) que impõe apenas uma forma correta de agir que parte significativa da doutrina defende a impossibilidade de manejo do referido princípio pelos órgãos de controle, devido à insegurança jurídica imposta à administração pública. Deve-se, portanto, buscar resultados que orbitem o nível ótimo de eficiência, sem a pretensão cabal de atingi-lo.

Nesta senda, uma vez devidamente delimitado o conceito e admitida a limitação acima esposada, é possível manejar os instrumentos descritos no capítulo 3 para determinar se a atuação administrativa fora eficiente ou se houve desperdício de recursos públicos. Assim,

633Ricardo Lobo Torres sobre a noção de tipo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45134/45062>> . Acesso em 18 de agosto de 2020.

634Arthur Kaufmann *apud* TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da tipicidade no Direito Tributário**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45134/45062>>. Acesso em 18 de agosto de 2020.

socorrem a atuação do administrador e do julgador conceitos como o *value for money*, a análise de custos e benefícios, a auditoria operacional, dentre outros.

Por fim, o parâmetro central para o controle da eficiência administrativa são os valores constitucionais e os direitos fundamentais constitucionalmente elencados e implicitamente reconhecidos em determinada Ordem Jurídica. Consoante cediço, a administração pública existe com o escopo de realizar o ideal constitucional e sua atuação deve ser tendente à concretude constitucional.

No capítulo seguinte serão analisados julgados de tribunais do Brasil e de Portugal que colocam sob escrutínio a função administrativa. Analisaremos o manejo do princípio da eficiência pelas referidas decisões visando determinar se existe, nestes países, o controle da administração pública em relação ao referido princípio.

Capítulo 5 – Análise de casos concretos

5.1 A jurisprudência sobre o princípio da eficiência no Brasil

5.1.1 Supremo Tribunal Federal

No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, dando a última palavra em sua interpretação⁶³⁵. Logo, sendo o princípio da eficiência um princípio constitucional explícito da administração pública, em muito nos interessa a sua interpretação e aplicação por parte da Corte Maior do Brasil.

Em trabalho acerca da aplicação do princípio da eficiência nas decisões do STF Raquel Straiotto e outros⁶³⁶ revelam que, em apanhado de jurisprudência englobando todos os julgados exarados entre 06 de julho de 1950 e 30 de abril de 2017, não encontrou um único acórdão onde o princípio da eficiência fora enfrentado em seu conteúdo, em que pese sua aplicação superficial como suporte de algumas decisões.

Os autores apontam ainda que, em pelo menos vinte casos nos quais figura o princípio da eficiência, o mesmo foi associado outros conceitos e princípios, como a celeridade, a economicidade, a simplificação, a racionalização e a flexibilidade. Outro detalhe digno de nota é que, em que pese a conclusão deste trabalho de que o princípio da eficiência é implícito em todo Estado Democrático de Direito, a sua constitucionalização, ao menos no Brasil, surtiu efeitos, considerando que apenas após o referido fenômeno (através da Emenda Constitucional nº 19/98) o princípio passou a ser invocado pela Corte Maior.

No intuito de traçar um panorama acerca da extensão e qualidade desta aplicação, selecionamos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais passa-se a analisar.

Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF de 2006.

Versa a referida ação direta ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil para reconhecer a constitucionalidade de norma infralegal editada pelo Conselho Nacional de Justiça acerca da disciplina do nepotismo nas contratações públicas no âmbito do Poder Judiciário (Resolução nº 07/2005).

Argumentava-se que o CNJ possuía competência para velar pelo cumprimento dos princípios dirigidos à administração pública, encartados no artigo 37 da Constituição Federal,

635Artigo 102, Constituição Federal de 1988 do Brasil.

636LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, ago. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76706>>. Acesso em: 25 Ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.76706>.

dentre eles o princípio da eficiência, e tal atuação não macularia o princípio da separação dos poderes.

Em sua fundamentação, o Ministro Relator Dr. Carlos Ayres Britto aduziu que seria tarefa árdua estabelecer padrão de produtividade se o ambiente de trabalho configurasse extensão do ambiente doméstico, onde chefe e chefiado possuísem relações fraternais entranhas à relação de trabalho. Assim, a moralidade administrativa restaria maculada a partir da violação dos princípios da economicidade, eficácia e eficiência, traduzidos pela produtividade esperada no ambiente de trabalho.

Durante a discussão do caso, o Ministro Dr. Cezar Peluzo, ao abordar o princípio da eficiência, afirma que o princípio da eficiência “não chega a ser um princípio”, em verdadeira negação do texto constitucional.

Assim, percebe-se pelo inteiro teor do julgado que o princípio da eficiência é utilizado de forma superficial e despretenciosa, invocando o seu sentido intuitivo utilizado na linguagem corrente, sem nenhum adensamento conceitual, porém distinguindo-o das ideias de economicidade e eficácia, que ganharam menção própria. Pode-se resumir o seu papel no referido julgado pela premissa implícita segundo a qual se o funcionário público é parente do seu superior hierárquico, não terá o mesmo rendimento que o funcionário padrão, acarretando, para a administração pública, menos benefícios pelo mesmo custo que este, em diminuição de produtividade.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.386/DF

A ação pretendia ver declarada a inconstitucionalidade de dispositivo inserido no artigo 2º, III, da Lei nº 8.745/93, que estabelecia que “considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público: (...) III – Realização de recenseamento e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. No artigo primeiro do aludido diploma resta consignada a possibilidade de contratação de pessoal em caráter temporário no caso de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Dito de outro modo, o diploma autorizava o IBGE a realizar contratação sazonal de pessoal nos períodos de recenseamento, que aumentavam de forma temporária o volume de trabalho daquele órgão. Neste sentido, a Procuradoria Geral da República entendia que o dispositivo violava o artigo 37, IX da Carta Magna.

Em seu voto, a Ministra Relatora Dra. Carmem Lúcia considerou constitucional a norma atacada, argumentando que, não seria eficiente a contratação definitiva (e, portanto, sem prazo final) para realizar atividade de natureza temporária. Para definir a eficiência, socorreu-se a Doutora Ministra do dicionário Aurélio da língua Portuguesa, que define a eficiência como “*ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia*”.

Percebe-se, de logo, que o conceito adotado em nada se assemelha ao conceito jurídico preponderante na doutrina jurídica, em especial na Escola Económica do Direito, porta de entrada do multicitado princípio no mundo jurídico. Soma-se a isto a identidade promovida pela fonte mencionada entre “eficiência” e “eficácia”, conceitos distintos, como já explorado no presente trabalho.

Na sequência, a relatora, socorre-se da doutrina de Ubirajara Custódio, para quem estão contidos no princípio da eficiência as ideias de presteza (o cidadão deve ser atendido com rapidez), prestabilidade (o atendimento deve ser útil ao administrado) e economicidade (a demanda do cidadão deve ser atendida de forma menos custosa possível para os cofres públicos).

Em que pese a confusão conceitual, a explanação da Ministra demonstra que, de fato, a contratação temporária de pessoal para a realização de recenseamento atende o princípio da eficiência, e não da eficácia. Conforme já explorado no presente trabalho, a eficácia significa o atingimento de resultados, a produção de efeitos. De outro giro, a eficiência pressupõe a conjugação entre resultados e custos (*inputs* e *outputs*). Assim, até mesmo a contratação definitiva e sem prazo determinado atenderia o princípio da eficácia, à medida que o IBGE estaria aparelhado com todo o pessoal necessário para realizar sua ação. Porém, tal conduta não seria eficiente, pois após o recenseamento os trabalhadores contratados não teriam função a desempenhar, promovendo a hipertrofia do setor de pessoa em atentado à eficiência administrativa.

Recurso Extraordinário nº 631.240/MG

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS no bojo de ação que tratava de pleito formulado por uma jurisdicionada visando a concessão de aposentadoria rural por idade sem prévia negativa das instâncias administrativas, é dizer, a parte interessada ingressou diretamente e de forma originária no Poder Judiciário para ver reconhecido seu direito à aposentadoria rural.

A segurada alegava ser diarista e que havia preenchido os requisitos para a concessão da aludida modalidade de aposentadoria. As instâncias ordinárias foram dissonantes acerca da possibilidade ou não de esgotamento das vias administrativas para o ingresso no Poder Judiciário, o que levou a querela jurídica ao Supremo Tribunal Federal, para análise da questão constitucional de fundo, atinente ao direito fundamental de acesso ao poder judiciário.

A questão teve repercussão geral reconhecida aos 10 de dezembro de 2010, e no julgamento de mérito restou assentado que a necessidade de esgotamento prévio das vias administrativas como requisito de acesso ao poder judiciário, neste caso, não violava o direito de acesso à justiça, sendo necessário, para ingressar em juízo, a existência de pretensão resistida pela Administração Pública, seja pela negativa, seja pelo decurso de tempo sem resposta formal.

Em que pese a eficiência não representar elemento central do presente julgado, fora invocada pelo Ministro Relator, nos seguintes termos:

*“Como se percebe, o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os **recursos públicos são escassos**, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, **é preciso racionalizar a demanda**, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.” (destaques acrescidos)*

A importância da menção reside no reconhecimento da eficiência como necessidade que nasce a partir da escassez de recursos, constituindo o caminho para o atendimento do maior número de necessidades públicas com recursos limitados. A necessidade de racionalização é invocada, nesta feita acerca da eficiência da sistemática processual do poder judiciário, indicando que a eficiência é atender o maior número de demandas possíveis, devendo-se atender demandas realmente necessárias, onde existe uma pretensão resistida, que não era o caso da demanda da autora, que poderia, provavelmente, ser solucionada pela via administrativa.

Em verdade, a construção da Corte Constitucional aproxima-se do conceito técnico jurídico de eficiência administrativa, porém de forma breve e ainda com elementos intuitivos do jargão leigo. Tratando-se julgamento realizado em 2014, é patente a evolução, ainda que tímida, do manejo do conceito pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.2 Tribunal de Contas da União

Acórdão nº 4.306/2014

Em análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, percebe-se o aparecimento do princípio da eficiência em diversos julgados, porém inicialmente manejado de forma amorfa e retórica, sem contornos firmes ou aplicação tecnicamente rigorosa. Exemplo desta prática é encontrada no Acórdão nº 4.306/2014 da Primeira Câmara daquele órgão, originada a partir de recurso denominado Pedido de Reconsideração.

No aludido recurso os recorrentes, Diretor e Superintendente do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Rondônia insurgiam-se contra decisão de primeiro grau que julgou irregular prestação de contas do SEBRAE do estado de Rondônia devido à contratação de pessoal com ausência de processo seletivo com ampla divulgação, exigido pela Constituição até mesmo para as entidades do sistema “S”, como é o caso do SEBRAE.

Conforme o decisum, *“No que tange à irregularidade, o entendimento jurisprudencial desta Corte reconhece aos entes do Sistema “S” a faculdade de adotar formas de seleção de pessoal com menor rigor do que aquelas delineadas para os concursos promovidos pela Administração Pública desde que assegurada a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, isonomia, **eficiência** e publicidade, entre outros.”*

Como se percebe, o princípio da eficiência é apenas mencionado pelo julgador, sem qualquer adensamento conceitual ou manejo técnico do princípio em lume. Esta utilização despreziosa do princípio da eficiência repete-se em diversos julgados da Corte de Contas, demonstrando que, em que pese a aparência de aplicação corriqueira do referido princípio, sua menção é apenas superficial.

Decisão 010.262/2011 do Plenário do Tribunal de Contas da União

Trata o julgado de auditoria realizada nos anos de 2011 e 2012 na obra de construção de rodovia (BR-156/AP) conduzida pela Secretaria de Transportes do Estado do Amapá em Convênio com o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT) na qual

foram detectadas diversas irregularidades na licitação realizada e no consequente contrato celebrado, consoante inteiro teor do julgamento.

O Tribunal determinou a repactuação do contrato de forma a readequar o montante pago pela Administração Pública, que estaria superestimado devido às irregularidades supramencionadas. Conforme a referida decisão, “ (...) *é inarredável a obrigatoriedade de a Administração repactuar os contratos que se revelam excessivamente onerosos aos cofres públicos federais, uma vez que se originam de orçamento base com graves inconsistências, não estando a repactuação vinculada às hipóteses do artigo 65 da Lei 8.666/1993, mas à exigência primeira dos princípios da legalidade, quanto à correta parametrização dos custos pelo contratante, da **eficiência** e da economicidade*”.

Na decisão, percebe-se que, em que pese a semelhança com o acórdão de nº 4.306/2014, o TCU invoca o princípio da eficiência como sinônimo de redução de custos, ou menor dispêndio de recursos públicos, atrelando eficiência e economicidade, conduta também habitualmente encontrada nos acórdãos daquela Corte.

Neste espeque, restaria respeitada a eficiência na ausência de custos desnecessários ou acima do preço de mercado. Ainda, a eficiência significaria a busca pelo menor preço a ser pago, dentro das possibilidades aventadas.

Tomada de Contas nº 020.494/2005 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União

Trata-se de Pedido de Reconsideração em Tomada de Contas do contrato de obras e serviços celebrado entre o Banco do Brasil e a empresa Tecnoenge Engenharia e Tecnologia Ltda., na qual foram detectadas irregularidades no processo de seleção da empresa contratada bem como nas cláusulas contratuais acordadas entre as partes.

Neste sentido, conforme a decisão recorrida houve a determinação de inclusão no contrato analisado de diversas cláusulas contratuais, a exemplo da necessidade de fornecimento de lista de todos os empregados contratados pela empresa terceirizada e a demonstração de quitação de todas as obrigações trabalhistas em relação a estes empregados (já que no Ordenamento Jurídico Brasileiro há a possibilidade de responsabilização objetiva da Administração Pública pelo passivo trabalhista das empresas por ela contratada), além de necessidade de as empresas contratadas apresentarem depósito perante a empresa contratante das parcelas trabalhistas vincendas, além de outros encargos legais.

Os novos dispositivos tinham o escopo de proteger o erário na hipótese de a empresa contratada não honrar com suas obrigações trabalhistas, acarretando, para a Empresa Pública, despesas não contabilizadas à época da celebração do contrato. O Banco do Brasil apresentou o recurso ora ventilado com o fito de afastar a necessidade de inclusão das mencionadas cláusulas contratuais, argumentando, *inter alia*, a impossibilidade operacional de realizar tais medidas fiscalizatória, além do aumento de custos para a empresa contratada, o que incrementaria o custo global do contrato.

A argumentação do Banco Público fora acatada tanto que o relator consignou, em sua fundamentação, que os custos oriundos da criação do fundo de proteção da instituição podem se revelar mais vultosos do que eventual condenação trabalhista, o que acarretará em que a *“implementação das determinações irá gerar custos sem um benefício que o justifique”*.

Em adição, gizou que as determinações *“têm como fundamento não só o princípio da legalidade, mas especialmente o princípio da eficiência. Cabe assinalar, ainda, que as decisões visando instituir mecanismos de controle devem-se apoiar, mesmo que subsidiariamente, na análise de custos, pois não é razoável implantar, ampliar ou manter sistemas de controle cujos custos sejam superiores aos benefícios esperados. A relação entre custos e benefícios não está desassociada do preceito constitucional da eficiência”*.

De forma alinhavada ao entendimento do Tribunal, Lucas Rocha Furtado⁶³⁷, membro do Ministério Público atuante perante àquela Corte, menciona em seu magistério que a análise da eficiência administrativa pelos tribunais é dever constitucional devendo as decisões administrativa sujeitarem-se à relação de melhor custo e benefício, não sendo dado ao administrador público ser ineficiente.

Trata-se de aspecto relacionado à legitimidade da atuação do agente público, que em caso de mal ferimento do princípio da eficiência não se estará simplesmente perante conduta inoportuna ou inconveniente, mas diante de conduta ilegítima passiva de correção pelos órgãos de controle.

Processo nº 003.827/2000

Dispõe o processo nº 003.827/2000 de auditoria realizada no Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais responsável pela obra de duplicação da

637FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 898.

rodovia Fernão Dias, na qual fora necessário realizar diversas desapropriações de imóveis adjacentes ao perímetro da ampliação viária.

Dentre os achados da mencionada auditoria figuravam a realização irregular de desapropriações, o pagamento de indenizações pelos imóveis desapropriados acima do valor avaliado, a ausência de critérios operacionais para a determinação de tais valores, o início das obras sem a devida imissão na posse dos imóveis envolvidos, tendo o poder público apenas a concordância tácita dos proprietários, dentre outras irregularidades.

O procedimento irregular acarretou a paralização da obra, o que, conforme a fundamentação do julgado, acarretou prejuízo aos cofres públicos já que foram realizados investimentos em obras públicas sem o correspondente retorno social, sem olvidar que a obra parcialmente realizada já se encontrava em processo de erosão, e a não realização das necessárias melhorias da via pública teve como consequência um série de acidentes automobilísticos e mortes que talvez seriam evitadas ante a melhoria da malha viária.

Neste sentido, dentre outros comandos, determinou o órgão julgador “*a adoção das medidas judiciais e administrativas imprescindíveis para acelerar o processo de imissão de posse dos terrenos e concluir no menor prazo possível as obras do contorno de Betim, em cumprimento ao princípio constitucional da **eficiência** administrativa*”.

In casu, a eficiência administrativa fora equiparada à celeridade, em sentido diverso do usualmente atribuído pela Corte de Contas (análise de custos e benefícios, economicidade). Tal noção não é inédita na doutrina administrativa, sendo corrente a máxima segundo a qual “*justice delayed is justice denied*”, denotando que a finalidade pública possui uma janela de tempo para ser atendida, fora da qual não se pode mais considerar o seu atendimento adequado.

Seria o caso, por exemplo, do atendimento em hospital público de doente muito tempo após a sua entrada na unidade emergência, muitas vezes determinando o resultado negativo da situação médica. De forma análoga, a sentença judicial proferida há anos após a apresentação de lide sem complexidade ao Poder Judiciário, por mera morosidade da justiça.

Processo nº 031.336/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União

O processo em questão foi originado a partir de representação na qual apontavam-se instabilidades no sistema *online* de escrituração digital das obrigações fiscais (e-social) além

do atraso do poder público em disponibilizar para os empregadores domésticos programa de recuperação previdenciária, igualmente *online*.

Após a realização de inspeção, o Tribunal de Contas concluiu que a demanda de acesso ao sítio eletrônico do e-social fora subestimada, acarretando a sobrecarga do sistema. Além disto, os prazos fixados eram exíguos, importando o seu não atendimento por muitos contribuintes, o que certamente acarretaria perda de receita para a previdência social.

Dentre outras medidas, determinou o Plenário daquela Corte o “*aprimoramento dos tutoriais do sistema e criação de serviço de "call center" de acesso gratuito para usuários (justificativa: como se trata de sistema novo, de uso complexo e com falhas operacionais e instabilidades, é necessário otimizar o fornecimento de informações aos usuários, em consonância com o princípio da **eficiência** administrativa; os programas de declaração anual de ajuste do IRPF contêm tutoriais bem completos e o serviço "receitafone - 146", exemplo que pode ser seguido pelo eSocial)*”.

Como bem pontuado por Flávio Garcia Cabral⁶³⁸, tal acepção do princípio da eficiência não é comum na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, porém está presente na doutrina abalizada, no magistério, por exemplo, de Humberto Ávila⁶³⁹, para quem o princípio da eficiência aplicado à administração pública convoca o agente público a atingir, de forma mínima, a finalidade pública em suas três vertentes, quais sejam, a quantitativa (referente à intensidade), a qualitativa e a probabilística (referente à certeza da atuação).

Estas decisões ilustram o estado de desenvolvimento da aplicação do princípio da eficiência no Tribunal de Contas da União. De forma inegável, há campo fértil ao desenvolvimento e aprimoramento da aplicação do mencionado princípio, em especial de forma detida e explorando a sua face principiológica e todas as técnicas de sua aplicação e controle. Contudo, deve-se reconhecer que o TCU está em sintonia com a doutrina pátria acerca do tema, e à frente do Supremo Tribunal Federal, neste particular.

Acórdão 2061/2021 (decisão cautelar proferida no Processo TC 020.973/2020-9)

Os referidos autos tratam da análise do procedimento de desestatização da CEITEC (Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada), incluída no Plano Nacional de Desestatização após breve análise de sua atuação no mercado, destacando-se como pontos de

638 CABRAL, Flavio Garcia. **O princípio da Eficiência administrativa na jurisprudência do TCU**. Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro. Volume 277. N. 1. Pag. 151-174. Jan-abril de 2018.

639 Ávila, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, p. 22-23, out/nov/dez 2005.

relevo para a análise da escolha pública: (i) a sua higidez procedimental; (ii) a existência (ou não) de adequado gerenciamento de riscos e (iii) a avaliação da vantagem econômico-financeira na justificativa da dissolução empresarial.

A Corte de Contas analisou a legalidade e legitimidade do processo, além da vantagem econômica do procedimento empreendido. De forma cautelosa, o voto condutor daquele julgado não sugere a ineficiência da decisão adotada pelo Poder Público, mas sim a falta de elementos que demonstrem a eficiência do caminho eleito pelo administrador público.

Assim, em cognição perfunctória, a Corte de Contas questiona se o Governo Federal analisou a fundo a racionalidade econômica da dissolução da mencionada empresa.

Importa ressaltar que se trata de julgado no qual o Relator original, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, restou vencido em seu posicionamento, segundo o qual, inexistindo ilegalidades ou atos desarrazoados, a definição e implementação de políticas públicas são aspectos adstritos ao âmbito de discricionariedade do gestor, protegidos, portanto, da atuação do controle empreendido pelos Tribunais de Contas ou outro órgão de controle.

De forma diversa, prevaleceu o entendimento segundo o qual *“Ainda que se trate de ato compreendido na esfera de discricionariedade da Administração, cabe a esta Corte, conforme assentado na sua jurisprudência, apreciar sua regularidade quanto ao atendimento aos princípios da motivação, da eficiência e da economicidade.”*

5.2. O princípio da eficiência em Portugal

5.2.1 Tribunal Constitucional

Acórdão nº 117/2015 nos autos do Processo nº 686/2012 (Terceira Secção)

Trata-se de recurso interposto em face de decisão do Supremo Tribunal Administrativo que, endossando entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul, entendeu que as sociedades SoGrupos – Compras e serviços partilhados, a ACE e Caixa Geral de Depósitos. S.A, não eram obrigadas a apresentar documentos explicativos da escolha da proposta apresentada em procedimento para contratação de serviços de publicidade.

Assim, o acórdão guerreado concluiu que um agrupamento empresarial composto de empresas públicas não é obrigado a fornecer a sociedade consultada em procedimento pré-contratual documentação explicativa da razão de escolha de outra sociedade, que não aquela solicitante dos documentos, consoante as normas inseridas na Lei de Acesso a Documentos Administrativos (Lei nº 46/2007).

Deste modo, questionou-se perante o Tribunal Constitucional a interpretação e extensão do artigo 4º, nº 1, alínea d da Lei nº 46/2007, que determina a aplicação do aludido diploma a “órgãos de empresas públicas”, de modo que a recorrente entende ser inconstitucional a interpretação dada ao diploma pela recorrida, por ser incompatível com o âmbito de proteção constitucional do direito de acesso aos registos e arquivos administrativos.

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional reputou inconstitucional o dispositivo mencionado quando interpretado no sentido restritivo de englobar apenas as empresas públicas que emergem diretamente do Estado, em exclusão das empresas do setor público criadas por empresas públicas, devido à afronta ao artigo 268, nº 2, e artigo 18, nº 2, da Constituição da República.

Na declaração de voto, fez constar o relator que, malgrado tenha afastado a interpretação restritiva do dispositivo em comento, não se pode perder de vista que a empresa em comento, malgrado de essência pública, atua no mercado privado em relação concorrencial com os atores particulares do mercado, e aplicar a ela todo o esforço legal destinado às empresas públicas iria prejudicar sua atuação e escopo, em violação ao princípio da eficiência administrativa. Nas palavras do Relator Dr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha:

*“Uma medida legislativa que, para efeito do acesso à informação, confira relevo apenas ao facto de se tratar de empresas do setor público, desconsiderando que atuam como meros operadores económicos, coloca essas empresas numa situação de discriminação e efetiva desigualdade perante as empresas privadas concorrentes, o que representa, em si, **um desvio ao princípio da eficiência do setor público** e da equiparação entre empresas dos setores público e privado que intervenham na mesma área de atividade, que estão pressupostos nas normas dos artigos 80º, alínea c), e 81º, alínea c), da Constituição.”* (destaques acrescidos)

Percebe-se, que o julgado abordou o princípio da eficiência de forma retórica e vaga, à semelhança do que ocorre na maior parte dos julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Porém, em relação a Portugal, considerando que não existe a constitucionalização expressa do referido princípio, a sua menção pela Corte Constitucional, por mais singela que

pareça, revela a existência implícita do princípio estudado, como defendido por nós no capítulo 4.

Supremo Tribunal Administrativo: Processo nº 01143/2006

Versam os autos de recurso de revista interposto pela Fundação Materno-Infantil Mariana Martins com o escopo de suspender a eficácia do despacho nº 7495/2006 do Ministério da Saúde, que recomenda o encerramento de salas de parto em diversos hospitais. O intuito da recorrente é manter em funcionamento os serviços da maternidade Mariana Martins de Elvas, incluindo as salas de parto.

Para sustentar sua pretensão, a Fundação invoca o direito constitucional à saúde, em especial das mulheres grávidas, bem como o direito das crianças de nascerem em segurança. Assim, defende que estes direitos são postos em perigo devido ao fechamento de diversas maternidades por todo o país.

De outro giro, o Ministério da Saúde opõe-se ao pleito vertido em juízo, argumentando que os mencionados valores constitucionais não restaram ameaçados pela decisão de encerrar as mencionadas salas de parto, que ampara-se em informações de performance, dentre elas, a noção de que o sucesso na diminuição das taxas de mortalidade infantil e melhoria geral na qualidade dos partos em Portugal se deu em razão da atuação governamental, de modo que a sustentabilidade dos fatores de sucesso em determinada unidade de saúde depende da realização de ao menos 1.500 partos por ano, tratando-se, a decisão, de política de concentração de partos em menos unidades, mantendo padrões de efetividade e eficiência a atuação pública.

Em sua decisão, os membros do Tribunal, invocaram o nº 1, do artigo 3º do Código de processo dos Tribunais Administrativos, que estabelece que *“No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação”*.

Assim, invocou-se, no julgado, a existência de zona de reserva de administração, onde a atividade administrativa estaria fora dos poderes de sindicabilidade dos tribunais administrativos. Para a Corte, a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa pode ser exemplificada como a conformidade ou não de sua atuação com princípios de ordem técnica, ou as escolhas realizadas pelo administrador público com o escopo de atingir os fins

de interesse público, quando não ofender os princípios enunciados no nº 2, do artigo 266 da Constituição da República Portuguesa.

Conforme a Corte, esta limitação de poder está alinhavada ao princípio da separação dos poderes encartado na Constituição, em seu artigo 2º, pelo qual não cabe ao Tribunal imiscuir-se na força do despacho exarado pelo Ministro da Saúde, ainda que as razões invocadas para o encerramento dos blocos de parto sejam, em grande parte, a manutenção da eficiência na atuação pública, critério objetivo de escolha.

Data vênua, nos filiamos ao entendimento de Suzana Tavares Silva⁶⁴⁰ que, ao analisar a decisão, argumentou que, malgrado não caiba ao julgador o controle da eleição da política pública (*in casu*, a redução da mortalidade infantil), deve realizar o controle das medidas para atingir a mencionada política, é dizer, “*o juízo de saber se as medidas são ou não adequadas a cumprir os fins*”.

Nas palavras da autora, ainda em análise do caso concreto em tela estará o juiz “*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?*”. Entendemos que não, desde que o controle seja realizado mediante parâmetros objetivos.

Assim, percebe-se que, além da dificuldade de densificação do conceito do princípio da eficiência pelos Tribunais, existe ainda a já mencionada barreira dos limites da atuação jurisdicional, nos moldes da tradição atual de que o controle de eficiência muitas vezes termina por constituir controle de mérito, inviolável, de acordo com a jurisprudência dos órgãos de controle de Portugal.

5.2.2. O princípio da eficiência no Tribunal de Contas

Acórdão nº 19/2013 (Fiscalização Prévia)

Tratam os autos de fiscalização prévia empreendida pelo Tribunal de Contas para analisar cinco minutas de contrato que o Município de Alcobaça pretendia celebrar com a CISTOR – Equipamentos Educativos S.A., por 23 anos e 3 meses, ao custo total de \$ 63.454.030,77. As cinco minutas dispunham acerca da: (i) cessão de exploração do pavilhão de Benedita; (ii) do arrendamento do Centro Escolar Alcobaça; (iii) da cessão de exploração

640SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência**. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

do Pavilhão Multiusos de Évora de Alcobaça; (iv) do arrendamento do Centro Escolar de Benedita e (v) da cessão de exploração do pavilhão desportivo de Alcobaça.

O Tribunal de Contas negou o visto aos aludidos contratos, apontando diversas irregularidades em relação às Parcerias Público Privadas por meio das quais seriam realizados os empreendimentos pretendidos. Apontou-se, primeiramente, a ausência de publicação do anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia, violando o princípio da publicidade.

As outras irregularidades dizem respeito à ausência de planeamento na eleição da via da Parceria Público Privada, já que o Município de Alcobaça não teria realizado estudo prévio apto a demonstrar a vantajosidade da eleição da via da PPP em relação aos métodos tradicionais de contratação. Em adição, não foram bem delineados os riscos arcados por cada parceiro (público e privado), resultando para o município envolvido arcar com todos os riscos relevantes do contrato.

Por fim, além de questionar a capacidade do município de Alcobaça em realizar o respectivo financiamento necessário para o empreendimento, o Tribunal de Contas pontuou que houve violação da equidade intergeracional, já que não se verificou a distribuição de ônus e vantagens entre as gerações envolvidas no investimento.

Em sua fundamentação, o julgado aduz que a Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001 de 20 de agosto) verteu em seu artigo 19 o princípio do *value for Money*, ao estabelecer que “*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base 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*”.

De saída, o Tribunal pontua a necessidade de demonstrar o *value for Money* do projeto, como forma de legitimar a adoção da chamada Parceria Público Privada. Consoante a Corte, não são suficientes alusões vagas e imprecisas ao chamado “interesses das populações” na celebração dos referidos contratos, sem fundamentação sustentada por demonstração prática dos benefícios em face dos custos arcados.

Com base nestes e em outros fundamentos o Tribunal de Contas negou o visto aos contratos apresentados, demonstrando o apreço da Corte pelo conceito de *value for money*, expressão do princípio da eficiência. No caso, a Lei já previa os requisitos à demonstração do

value for money de determinada contratação e, assim, o Tribunal, perfilhando a legalidade e o caminho dos requisitos legais, abordou a questão da eficiência nas contratações administrativa, sem adentrar o juízo de conveniência e oportunidade do gestor, já que a adoção das medidas tidas como ausentes era obrigatória para a contratação pretendida pelo Município de Alcobaça.

Acórdão 05/2015 (Fiscalização Prévia)

Nestes autos o Tribunal de Contas exerce fiscalização Prévia sobre a constituição da cooperativa “Cooperatividades – Cooperativa para o Desenvolvimento Local, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada”, da Junta da Freguesia de Mafamude e Vila do Paraíso. Dentre os objetivos da cooperativa estão, *inter alia*, a renovação, reconstrução e requalificação de espaços de domínio público, a gestão destes espaços e a realização de estudos e projetos de desenvolvimento local.

O Tribunal de Contas ressaltou tratar-se de Cooperativa de interesse público, integradas por atores públicos e privados sem fins lucrativos, mantendo, ainda assim, a sua configuração cooperativa. A norma de regência destas figuras jurídicas seria o Decreto-Lei nº 31/84, que prevê os requisitos para a sua composição.

Neste diapasão, coube ao Tribunal de Contas a análise destes requisitos, atualizando a legislação de regência aos tempos atuais, considerando que o mencionado decreto Lei vigorava há mais de 30 anos. Em sua conclusão, aduziu que a Junta da Freguesia de Mafamude e Vila do Paraíso não poderia ingressar em cooperativa de acordo com o conjunto das leis aplicáveis: *“decorrência do princípio da legalidade a que estão sujeitas as autarquias legais, devemos concluir que, hoje, a lei aplicável aos poderes e actividades das freguesias não prevê nem admite a sua participação em cooperativas”*.

Em se tratando de forma jurídica vedada pela norma, o Tribunal de Contas ateve-se à questão da legalidade, não cabendo tecer considerações acerca do princípio da eficiência.

6. Conclusão

Na atualidade, o princípio da eficiência tornou-se imperativo da administração pública, fruto da escassez de recursos disponíveis para atender as necessidades públicas. Tal cenário impôs a necessidade de racionalização dos recursos públicos, novo paradigma de atuação que promoveu mudanças nos princípios orientadores da administração pública, cuja atuação deve orientar-se pelo atingimento de resultados, para além do mero cumprimento da legalidade.

Importado das ciências econômicas, o princípio da eficiência administrativa deve ser encarado como a adequação instrumental das ações estatais perseguidoras das finalidades públicas, caracterizadas pelo máximo aproveitamento e utilização racional de recursos financeiros, humanos e materiais, com o objetivo de atingir o melhor resultado possível, tanto pelo viés qualitativo quanto pelo viés quantitativo, atingindo o maior grau de rentabilidade social a partir dos recursos existentes.

Neste sentido, sua aplicação existe na fase de formulação e de execução das políticas públicas. Na primeira, malgrado consistir em ato de elevada carga política, deve o gestor orientar-se pelo princípio da eficiência na escolha e delineio das políticas públicas, bem como na elaboração da peça orçamental (orçamento de performance).

De forma análoga, ao agente público que executa a política pública cabe agir com eficiência, podendo sua conduta ser controlada pelas diversas instâncias que detêm esta função, em especial os órgãos externos de controle financeiro (a exemplo do Tribunal de Contas), tendo como parâmetro as leis e princípios do Ordenamento Jurídico.

Conforme demonstrado, o caráter discricionário do ato administrativo não impede o controle da eficiência. Ao revés, é no ato discricionário que os órgãos de controle devem realizar detida análise com o fito de verificar se a norma construída para o caso concreto prestigia os princípios de regência da atividade administrativa, dentre eles o princípio da eficiência.

Neste espeque, as opções discricionárias são aquelas que permitem ao agente público mais de um cenário de atuação e em todos há o respeito à moldura legal elaborada pelas normas e princípios do correspondente Ordenamento Jurídico.

Na sequência, verificou-se que os órgãos de controle externo financeiro possuem destacada importância no controle da eficiência administrativa, mormente devido ao fato de que não estão adstritos à seara legalista dos gastos públicos, buscando controlar a sua

eficiência e racionalidade, existindo, basicamente, três modelos de controle externo financeiro, quais sejam, o modelo de *audit board*, o modelo anglo-saxão e o modelo de tribunal de contas.

Neste diapasão, o presente trabalho abordou diversos instrumentos à disposição dos órgãos de controle externo, bem como dos agentes públicos na busca e materialização do princípio da eficiência, restando demonstrado que o multicitado princípio é passível de atuação como parâmetro do controle da administração pública.

Assim, foram abordadas as modalidades de auditoria, dentre as quais destaca-se a auditoria operacional que possui o objetivo de verificar o atingimento de resultados e a razão entre os insumos e os resultados de determinada atuação administrativa, necessitando, para tanto, de informações de performance, outro instrumento abordado no presente trabalho, que permite a tomada de decisão administrativa informada, o controle da atuação pública e a *accountability* desta perante a população.

Em adição, abordou-se como instrumento de performance o *value for Money*, termo utilizado para explicitar a técnica de atingir os melhores resultados possíveis com os recursos despendidos. A noção é oriunda do Reino Unido, onde, além da noção de “custos” e “resultados”, engloba ainda o *accountability* e a transparência nos gastos públicos.

Por fim, aludimos ao controle social, decorrência natural do princípio republicano e que consiste na prerrogativa de membros do povo, individual ou coletivamente, examinar e fiscalizar as providências administrativa em relação à legalidade, legitimidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros parâmetros de controle.

Os instrumentos referenciados em rol exemplificativo no presente trabalho têm utilidade não apenas nos países que possuem o princípio da eficiência plasmado em suas constituições, mas em todo Ordenamento Jurídico de nações republicanas onde vigora o Estado de Direito, já que, conforme demonstrado pelo presente trabalho, o princípio da eficiência é requisito inerente a toda e qualquer atividade pública.

Nesta linha de raciocínio, demonstrou-se que, sendo a atividade exercida pela administração pública de caráter racional e instrumental, orientada para servir o cidadão através do atendimento das necessidades coletivas, é intuitivo que não são admitidas, do ponto de vista jurídico, ações ineficientes, negligentes ou improdutivas.

Concluiu-se, portanto, que o princípio da eficiência é pressuposto do regime democrático e elemento legitimador da atuação administrativa na atualidade, através da cognominada legitimação pelo êxito.

Ainda, no novo cenário pós-positivista vivido pelas democracias modernas, o princípio da eficiência oferece substância à legalidade estrita, servindo como vetor interpretativo ao *iter* administrativo, malgrado a episódica e aparente tensão entre ele e o princípio da legalidade, em situações pontuais. É certo que são conceitos complementares que devem coexistir em prol da atuação estatal.

Por fim, foram analisados casos concretos originados nas Cortes de Contas e no Supremo Tribunal Federal do Brasil, bem como no Tribunal Constitucional, no Supremo Tribunal Administrativo e no Tribunal de Contas de Portugal. A referida análise permitiu a conclusão de que, em que pese a menção à eficiência pelos mencionados tribunais, o manejo do termo é feito, muitas vezes, de forma retórica e sem rigor conceitual. É visível, contudo, o avanço da jurisprudência de ambos os países acerca do tema, em especial no Tribunal de Contas português, onde é possível encontrar decisões que utilizam o *value for Money*, dentre outros instrumentos de aferição da eficiência.

Constata-se que o escopo do presente trabalho fora atingido, com a delimitação conceitual do princípio da eficiência e a demonstração de possibilidade do seu controle, lançando feixe de luz no órgão de maior adequação para a realização do presente controle, qual seja, o órgão de controle externo financeiro, através dos diversos instrumentos elencados no presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Frederico do Valle. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processo-e-suposto-poder-discricionario-do-magistrado>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

ACHKAR, Azor El. **O controle externo operacional no saneamento básico**. In: Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC. Ano 1, n. 0, set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 315.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. Ferreira de. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2018.

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.

ALMEIDA, Mario Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2020.

ALVAREZ, Ximena Mura. **Value for money: A plan to develop a methodology to audit environmental issues**. Disponível em: <https://www.betterevaluation.org/resources/example/value_for_money_methodology_to_audit_environmental_issues>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo**. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/antonio-carlos-cintra-do-amaral/o-principio-da-eficiencia-no-direito-administrativo>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2016.

ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**. New York: harperTorch, 2009.

ASSIS RAIMUNDO, Miguel. **Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular**, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016.

ÁVILA. Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4 – outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17ª Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Disponível em: https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAlicas_em_m%C3%A1teria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico . Acesso em 25 de agosto de 2020.

BARREIRO, Guilherme Scodele de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. **Inserindo a judicialização no ciclo das políticas públicas**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

BATISTA JR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA JR, Onofre Alves. **O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço**. Coimbra: Almedina, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da eficiência do gasto público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **ESTADO, GOVERNO, SOCIEDADE: Para uma teoria geral da política**. 12ª Edição Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 782.

BROWN RIBEIRO, Renato Jorge. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BUCHANAN, James; MUSGRAVE, Richard. **Public Finance and Public Choice: two contrasting visions of the state**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1999.

BURKHEAD, Jesse. **Orçamento Público**. Administração Para o Desenvolvimento. Volume 15. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

CABRAL, Nazaré da costa; MARTINS, Guilherme Waldemar D'oliveira. **Finanças Públicas e o Direito Financeiro**. 2017: AAFDL Editora, Lisboa.

CABRAL, Nazaré da Costa. **A teoria do federalismo financeiro**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

CABRAL, Flavio Garcia. **O princípio da Eficiência administrativa na jurisprudência do TCU**. Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro. Volume 277. N. 1. Pag. 151-174. Jan-abril de 2018

CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. vol II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CAETANO, Marcelo. **A construção de uma doutrina portuguesa de Direito Público**. Coimbra: Almedina, 2012.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo.**

CALDEIRA, Marco. **A César o que é de César: O “novo” princípio da boa administração à luz da separação de poderes**, in “B.O.A.”, n.º 125, Abril 2015, Lisboa.

CALVÃO, Filipa Urbano. **O princípio da eficiência.** Disponível em: <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49810>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98).** In: MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas 2008.

CATALÁ, Joan Prats. **La eficiencia en el sector público.** Debate Público em el Ateneo Mercantil, Plaza País Valencià, promovido por La Real Sociedad Economica de Amigos del País de Valencià em fevereiro de 1984. Disponível em: <https://rseap.webs.upv.es/Anales/83_84/A_La_eficiencia.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro.** 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019.

CHADID, Ronaldo. **Os Tribunais de Contas e a eficiência das Políticas Públicas.** Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Characteristics of different external audit systems. Disponível em: <http://www.parlamerica.org/uploads/documents/DfID_Characteristics_of_Different_SAIs.pdf> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

COASE, R. H. **The problem of social cost.** Disponível em: <<http://www.ycu.edu.cn/upload/20181101111250375.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONCEIÇÃO. Antônio César Lima da. **Controle Social da Administração Pública: informação e conhecimento.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-social-da-administracao-publica-informacao-e-conhecimento.htm>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA NAÇÃO ESPANHOLA DE 1978. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011?lang=en>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO DAS FILIPINAS DE 1987. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987?lang=en>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976. Disponível em <<https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

COOTER R.; e ULEN, T. **Law and Economics.** 2ª Ed. California: Addison-Wesley, 1996.

COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança.** Lisboa: Petrony, 2017.

CURRISTINE, Teresa; JOUMARD, Isabelle; LONTI, Zsuzsanna. **Improving Public Sector Efficiency: challenges and opportunities.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/budgeting/43412680.pdf>> Acesso em 25 de Agosto de 2020.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAMOND, Jack. **From programme to performance budgeting: The Challenge for Emerging Market Economies.** IMF Working Paper WP/03/169, June 2003, p. 8. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/From-Program-to-Performance-Budgeting-The-Challenge-for-Emerging-Market-Economies-16542>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

DIAS, jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988.** Curitiba: Juruá, 2019.

DRUCKER, Peter. **O melhor de Peter Drucker:** a administração. São Paulo: Nobel, 2001.

DYE, Thomas R. **Understanding public policy**. Englewoods Cliffs: Prentice-Hall, 1972.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madrid: Civitas, 2000.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1995.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo, v. II**. Buenos Aires: Ediciones DePalma, 1984.

ESTEVES, Luz do Céu Cerca. **Controle de qualidade na administração pública**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17987/1/Relatório%2030%20Out.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Forense, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby.— **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Paz. **Ensaio de Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 2008.

FRANCO, Antônio Luciano de Sousa. **O controlo da Administração Pública em Portugal**, em revista dos Quadros Técnicos do Estado, ano I, série I, nº 9, nov./dez. 1987.

FREITAS, Juarez. **O Controle das Políticas Públicas e prioridades constitucionais vinculantes**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, JR CALDAS. **Direito Financeiro**. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. **O princípio da eficiência**. Artigo disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18.

GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRASSO, Patrick G; SHARKANSKY, Ira. **The auditing of Public Policy and the Politics of Auditing: The US GAO and Israel's State Comptroller**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00149>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

HOLBEIN, John. **Left Behind? Citizen Responsiveness to Government Performance Information**. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C387F8656931C3C877AA6B7A1CD1148B/S0003055416000071a.pdf/left_behind_citizen_responsiveness_to_government_performance_information.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

JUND, Sérgio. **Auditoria**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOLADICZ, Aline; VENTURI, Eliseu Raphael. **Eficiência econômica e desenvolvimento integral: economia e direitos cerrados à consecução constitucional**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9484&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

Kornhauser, Lewis, "**The Economic Analysis of Law**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, ago. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76706>>. Acesso em: 25 Ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.76706>.

LEONG, Hong Cheng. **O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração**. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_30.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2020.

LIMA, Luís Henrique. **Controle Externo**. 6ª Edição. Belo Horizonte: Ed método, 2015. p. 12.

LOCK, Fernando do Nascimento. **Participação Popular no Controle da Administração Pública: um estudo exploratório**. Revista Eletrônica de Contabilidade: Curso de Ciências Contábeis UFSM, Santa Maria - RS, v. 1, n. , p.122-133, 01 set. 2004. Trimestral.

LOPES, Erika da Moeda. **O Controlo da Administração Financeira do Estado**, Instituto Universitário de Lisboa, 2017.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LOWI, Theodore. **Four systems of policy, politics and choice**. *Apud* MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patricia. **Gestão Pública: Abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Legalidade e eficiência na Administração Pública**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147504/2014_ludwig_guilherme_legalidade_eficiencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

MANDL, Ulrike; DIERX, Adriaan; ILZKOVITZ, Fabienne. **The effectiveness and efficiency of public spending**. Disponível em: <

https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication11902_en.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Mankiw, N. Gregory. **Princípios da Macroeconomia**. 6ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARÇOLA, Célia. **Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública**. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/62> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, 2002.

MELO, Marcos André. **O Controle Externo na América Latina**. Disponível em: <<https://fundacaoofhc.org.br/files/papers/428.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Legalidade – Discricionariedade – Seus limites e Controle**. Revista de Direito Público. São Paulo: revista dos tribunais, n. 755.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O controle judicial dos atos administrativos**. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43770/42561>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIHAUI, Diana Marieta; OPREANA, Alin; CRISTESCU, Marian Pompiliu. **Efficiency, Effectiveness and Performance of the Public Sector**. Disponível em: <http://www.ipe.ro/rjef/rjef4_10/rjef4_10_10.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. atual. até a EC n.53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Rio de Janeiro: Fórum, 2008.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns Aspectos**. In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel *et al.* Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: Acadêmica, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, jul./set. de 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NASCIMENTO, Roberto Sergio. **A auditoria como instrumento de controle e de avaliação das organizações: estudo de caso envolvendo o fundo de recuperação do estado do Espírito Santo (FUNRES) com base na auditoria operacional**. Disponível em < <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/819> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

Value for Money and international development: deconstructing myths to promote a more constructive discussion. OECD. Disponível em: < <https://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

OECD Best Practices for Performance Budgeting. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO(2018)7/en/pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

OECD. **Performance budgeting: a user's guide**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/budgeting/Performance-Budgeting-Guide.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

OECD. **Better Life Index**. Disponível em: <<http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/#/111111111111>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: limites e possibilidades**. Disponível em: < Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: limites e possibilidades.> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Lairton Ribeiro de. **A eficácia social das políticas públicas fundamentais: um desafio principiológico da boa administração pública**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/17697/4571>> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português – Volume 1 – Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais. Vol. 1.** Ed. Coimbra: Almedina, 2017.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo.** Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019.

OTERO, Paulo. Relatório de uma disciplina - Direito Administrativo.

OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo.** Vol. I. Coimbra: Almedina. 2016.

PALUDO, Augustino. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2012. p. 2.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo,** 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2001.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro.** São Paulo: método, 2012.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Performance Budgeting: a means to improve EU spending. Disponível em: <

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/608724/EPRS_IDA\(2018\)608724_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/608724/EPRS_IDA(2018)608724_EN.pdf)> Acesso em 25 de agosto de 2020.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **Novos desafios da legalidade administrativa: o caso da eficiência como princípio jurídico.** In O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: u diálogo luso-brasileiro. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2019. (ebook).

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIZZO JR, Ovídio. **Controle social efetivo das políticas públicas.** Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2009.

ROCHA, C. Alexandre Amorim. **O modelo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia.** 10ª Ed. São Paulo: Bestseller, 2002.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da Eficiência da Administração Pública.** São Paulo: Ltr, 2003.

SARAVIA, Enrique. **Introdução à teoria da política pública.** In SARAVIA, Henrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas**, vol. 1. Brasília: ENAP, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN. **La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática.** Traducción de mariano bacigalupo et al. Madrid: Instituto Nacional de administración pública, 2003.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. **Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira.** Disponível em: <https://www.academia.edu/15009119/Controle_Financeiro_Público_e_Responsabilidade_Financiera>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

SILVA, Suzana Tavares. **O princípio da transparência: Da revolução à necessidade de regulação.** Faltam: Edição, cidade, editora e ano.

SILVA, Suzana Tavares. **O princípio da razoabilidade. Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo.** Faltam: Edição, cidade, editora e ano.

SILVA, Suzana Tavares da. **O princípio (fundamental) da eficiência.** Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo Direito Administrativo?.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Pedro Cruz e. **Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo**, in “Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho- Departamento de Ciências Públicas, subordinado ao tema Ética e Direito” coord. Joaquim da Rocha, Tomo II, 2013 Braga, 2014, pp. 125-136, acesso em 25 de agosto de 2020, disponível em: <http://www.direito.uminho.pt/Uploads/Anu%C3%A1rio/Final_Anu%C3%A1rio_2013_Etica_e_Direito.pdf>

SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas - Controle Externo das Contas Públicas**. Versão *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Administrativo**. Porto: UCP. 1980.

SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I, 3ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo III**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2007.

STAPENHURST, R; TITSWORTH, J. **Features and Functions os supreme audit Institutions**. World Bank. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/prem/PREMNotes/premnote59.pdf>> Acesso em 25 de agosto de 2020.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3ª Ed. London: W.W. Norton, 2000.

Stiglitz, Joseph; SEN, Amartya. **The measurement of economic performance and social progress revisited: reflections and overview**. p. 4. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/278828759_The_Measurement_of_Economic_Performance_and_Social_Progress_Revisited_Reflections_and_Overview> . Acesso em 25 de agosto de 2020.

TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. **A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS.** Disponível em: < <https://doi.org/10.5102/prismas.v4i2.457> > . Acesso em 25 de agosto de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da tipicidade no Direito Tributário.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45134/45062>>. Acesso em 18 de agosto de 2020.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade.** Petrópolis: Vozes, 1994.

TOURINHO, Rita. **Discrecionalidade administrativa.** Curitiba: Juruá, 2009.

VARIAN, HAL R. **Microeconomia: uma abordagem moderna.** 9ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito.** Coimbra: Almedina, 2007.

Zymler, B. e Almeida, G.H.R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** 3ª Ed. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2013. p. 168