

João Figueiredo

**EFICIÊNCIA E LEGALIDADE
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*Separata da Revista do Tribunal de Contas n.º 51
Janeiro/Junho 2009 – 1.º semestre de 2009*

LISBOA 2010

EFICIÊNCIA E LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

João Figueiredo²

¹ Originalmente publicado pela OCDE em inglês sob o título “Efficiency and Legality in the Performance of the Public Administration, Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 26-27 March 2009 ©2009 OCDE.

© 2009 Tribunal de Contas, Portugal, para esta edição portuguesa
Publicado de acordo com a OCDE, Paris.

A qualidade da tradução portuguesa e a sua coerência com o texto original é da responsabilidade do Tribunal de Contas de Portugal.

² Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas de Portugal.

- 1. Legalidade e eficiência: uma tensão criadora.** A promoção da eficiência e o respeito pela legalidade são dois dos mais importantes domínios para quem estuda a Administração Pública, para quem é responsável pelas políticas relacionadas com a sua reforma, para quem assume responsabilidades na gestão de serviços públicos e para quem neles trabalha.

São preocupações dos responsáveis políticos, dos dirigentes administrativos, de inúmeros protagonistas sociais e, de forma mais ou menos directa, dos responsáveis pelas instituições de controlo, designadamente judiciais. São pois preocupações que tocam todos aqueles que, de diferentes perspectivas e com diferentes responsabilidades, por qualquer forma contactam, mais ou menos directamente, com as Administrações Públicas. E são cada vez mais, com maior ou menor consciência, preocupações de todos os cidadãos.

Contudo, tradicionalmente, a abordagem dos juristas ao fenómeno administrativo tende a sobrevalorizar as questões de legalidade. É natural: está praticamente assumido que, nos Estados de Direito – cujo modelo é cada vez mais universalmente aceite – o cumprimento da lei assume um papel superior na estruturação e no funcionamento das Administrações Públicas e no seu relacionamento com os Cidadãos.

Ao contrário, também tradicionalmente, a abordagem dos gestores – melhor dizendo, das disciplinas da gestão – tende a sublinhar a importância da eficiência e a olhar com indiferença, e mesmo com alguma desconfiança, as questões de legalidade, perspectivando a lei e o seu cumprimento como obstáculo ao melhor aproveitamento dos recursos e à obtenção de resultados.

Existe pois uma tensão entre legalidade e eficiência na Administração Pública: tensão que tem como origem o facto de várias disciplinas científicas terem como objecto o fenómeno administrativo. Tensão que também é o resultado da própria evolução das Administrações Públicas.

Mas, como melhor veremos, é uma tensão criadora pois a Lei traz desafios e exigências à promoção da Eficiência e esta coloca interrogações à Lei como “alfa” e “ômega” da vida administrativa.

2. Legalidade e eficiência versus sector público e sector privado.

A abordagem tradicional – seja na Ciência do Direito seja na Gestão - tende a estabelecer historicamente relações entre a legalidade e eficiência com o sector público e o sector privado ou, noutra linguagem, com as Administrações Públicas e Privadas.

A Administração Pública prossegue o interesse geral e este é definido pela Lei ou com base na Lei. A Administração Pública não age para o seu próprio benefício: existe para satisfazer as necessidades colectivas. E porque só age nos termos da Lei, desenvolve-se segundo o princípio de competência: a sua acção está condicionada pelos poderes que a lei lhe confere e não por opções voluntárias e livres. E age segundo o princípio da responsabilidade: a Administração Pública não pode abdicar das suas responsabilidades e responde pela forma como a sua acção se concretiza. Finalmente, a Administração Pública rege-se, cada vez mais, fundamentalmente, por princípios de abertura e de transparência.

Ao invés, as administrações privadas agem em função dos seus interesses, segundo opções fundamentalmente livres, em concorrência entre si e, em questões essenciais, mantendo segredo sobre a sua actividade interna. Recorde-se, por exemplo, as questões relacionadas com os segredos comerciais e industriais e sobre a organização e processos internos das empresas.

Podemos fazer uma síntese, acentuando-se só alguns aspectos: prossecução dos interesses públicos e princípios da competência, da responsabilidade e da transparência nas Administrações Públicas. Prossecução de interesses privados e princípios de liberdade, concorrência e de segredo nas Administrações Privadas.

Assim, tradicionalmente e de uma forma simplista, às Administrações Públicas se associou a ideia da legalidade e às Administrações Privadas a ideia de eficiência e produtividade.

Mas o tempo em que esta dicotomia era, no essencial, marcante e verdadeira, passou. Porque, como veremos, as Administrações Públicas se abriram às questões da eficiência, em particular quando a evolução do Estado de Direito para o Estado Social de Direito se tornou dominante - na segunda metade do século passado, com a produção de inúmeros serviços - e as Administrações Privadas se

abriram às questões dos interesses gerais e da lei quando, mais recentemente, questões como a responsabilidade social, cultural e ambiental das empresas e a ética nos negócios se começaram a colocar com maior veemência e o Direito desenvolveu a sua presença em todos os domínios da vida social e económica.

Fronteiras que, no passado, eram estanques, começaram a dissolver-se. Dicotomias que eram claras deixaram de o ser.

Vejamos a evolução mais recente nas Administrações Públicas e os grandes desafios que agora se colocam.

- 3. A evolução das Administrações Públicas nas últimas décadas e a actual crise economia e financeira.** Não podemos ignorar as grandes tendências da evolução das Administrações Públicas nas últimas décadas, sobretudo nos espaços regionais que mais nos interessam e cuja influência doutrinal teve uma projecção quase universal. De entre esses espaços conta-se a Europa. Ora, nas últimas décadas – sobretudo a partir da década de 80 do século passado – a evolução administrativa foi fortemente marcada pelo pensamento da “Nova Gestão Pública” (New Public Management) e da “Reinvenção Governativa” (Reinventing Government). Não importa agora abordar em profundidade cada uma dessas escolas, sublinhando as suas diferenças. Importa antes destacar alguns aspectos que, por sua influência, se tornaram característicos dos movimentos de evolução administrativa em inúmeros países. Assim, embora correndo-se o risco de simplificação, nas últimas décadas deu-se particular ênfase à noção de “cliente” (“client”, “customer” ou quando muito “public service user”) e menos à de “cidadão”. Sublinhou-se especialmente a preocupação de “obtenção de resultados” e não só a de cumprimento da “norma”. A “gestão por objectivos” liderou a “administração dos meios”. As preocupações de “centralização” e de “hierarquia” deram sobretudo lugar às de “autonomia” e “flexibilidade” e à “desconcentração e descentralização”.

No âmbito das Administrações Públicas começámos a ouvir falar de “negócio”, de competição, de aumento de produtividade e de “orientação para o cliente”. Novos conceitos surgiram no espaço público: privatização de serviços públicos, introdução de meca-

nismos de mercado, “project finance”, “acquisition finance”, parcerias público-privadas, acordos de gestão de serviços públicos, “contracting out” e “outsourcing”.

À conhecida “consistência e previsibilidade” da Administração tradicional sucedeu a invocada “diversidade e complexidade” da nova Administração.

No domínio administrativo assistiu-se àquilo que, sinteticamente, se veio a chamar a “fuga para o Direito Privado”. E todo este movimento apontou para a redução de custos da actividade pública, para a redução das funções do Estado e para uma mudança de valores. E, a reboque, surgiram (ou ressurgiram) as posições que advogavam o “Estado mínimo”.

Voltando às distinções acima feitas entre Administrações Públicas e Privadas, parece terem-se diluído então as fronteiras tradicionais, pela erupção dos valores do sector privado na Administração Pública.

Mas eis que, quase subitamente, estalou a crise económica e financeira no final de 2007. E com a sua evolução e com a necessidade da intervenção dos poderes públicos e da cooperação e coordenação entre Estados, começámos a ouvir falar de mais antigos valores e a testemunhar:

- o renascimento da intervenção pública;
- o apelo ao reforço das funções normativas dos Estados e do poder regulador das Administrações;
- a afirmação de que não se pode confiar exclusivamente na autoregulação dos mercados e na consciência dos agentes económicos;
- a reafirmação da necessidade do Direito (nacional e internacional), entrar ou reforçar a sua presença em domínios onde ainda não tem presença ou a tem fragilizada.

Agora, aquelas fronteiras que antes marcavam a distinção entre Administrações Públicas e Privadas parece diluírem-se pela erupção dos valores do sector público no sector privado.

Noutra perspectiva, poderíamos falar no “retorno aos valores fundamentais”. Parece contudo ser mais avisado ou prudente falarmos de um novo equilíbrio entre os valores tradicionais e as experiências positivas vividas nas últimas décadas, visando responder às actuais necessidades colectivas.

Esta foi uma perspectiva sobre a tensão entre “legalidade” e “eficiência” no decurso deste “nosso tempo”.

Vejamos agora como se colocam estas questões e esta “tensão” no “nosso espaço” que é a Europa.

- 4. A legalidade e a eficiência no espaço europeu.** Pesem embora as várias tradições administrativas existentes no espaço europeu, há valores comuns a todas elas e entre esses valores, como acima já se referiu, está a consagração do Estado de Direito, a subordinação da Administração à Lei, ou a Administração através da Lei. A lei surge como instrumento da criação e de protecção dos direitos e dos interesses legítimos dos cidadãos e como fundamento e enquadramento da acção administrativa. Tal consagração consta das constituições – escritas ou não escritas – dos Estados do espaço europeu e é um dos fundamentos e objectivos dos acordos e instituições supranacionais e internacionais que construímos na Europa.

Assim, nos Estatutos do Conselho da Europa, desde 1949, os Estados reafirmaram “their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy”.

E no Tratado da União Europeia “confirmando o seu apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais e do Estado de Direito”, os Estados membros estabeleceram no artigo 6º que a União assenta naqueles princípios que lhe são comuns. E, procurando prevenir qualquer desvio a tais princípios, o artigo 7º autoriza o Conselho da União a verificar a existência de um risco manifesto de violação grave de alguns dos princípios referidos, por algum Estado membro, e a suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação do Tratado, incluindo o direito a voto.

Pelo Tratado de Lisboa – em fase de ratificação – tal determinação é reafirmada pela introdução de um “considerando” que proclama que os Estados membros se inspiram “no património cultural, religioso e humanista da Europa de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o estado de direito”.

O funcionamento da Comunidade Europeia está, todo ele, submetido ao princípio da legalidade: a organização e as actividades das instituições e as relações interinstitucionais, a definição das competências comunitárias, as relações entre os Estados Membros e destes com a Comunidade, a posição dos particulares em face dos Estados e da Comunidade, na medida em que as suas relações se situem no âmbito da ordem jurídica estabelecida pelos Tratados.

Todas as relações jurídicas estabelecidas no quadro do Direito Comunitário tombam sob o controlo de órgãos jurisdicionais independentes: quer do Tribunal de Justiça da Comunidade, quer das jurisdições nacionais, tribunais de direito comum da ordem jurídica comunitária.

Tendo presente que a Comunidade obedece ao princípio democrático, pode pois afirmar-se que apresenta a fisionomia de um “Estado de Direito”.

O “espaço administrativo europeu” que progressivamente tem vindo a ser construído e a convergir baseia-se, pois, no princípio do primado da lei. E, com base neste princípio, tal espaço tem vindo a configurar-se segundo algumas características fundamentais:

- Certeza jurídica que se traduz na confiança e previsibilidade na aplicação do Direito e nas tomadas de decisão administrativa, segundo princípios de não discriminação, de igualdade e de proporcionalidade;
- Transparência administrativa, de que resulta a necessidade de fundamentação das decisões administrativas e na possibilidade de acesso generalizado dos cidadãos à documentação administrativa;
- Responsabilidade das entidades administrativas perante autoridades políticas, outras autoridades administrativas

e judiciárias e de que resultam mecanismos de impugnação das decisões administrativas;

- Efectividade e eficiência exigindo que, nos termos da lei, as necessidades colectivas sejam satisfeitas e mantendo uma boa relação entre recursos utilizados e os resultados obtidos.

A construção e convergência do “espaço administrativo europeu” têm vindo a ser feitas por exigência do Direito Comunitário: dos tratados, dos regulamentos, da transposição das directivas, da recepção do “*acquis communautaire*” pelos novos Estados membros e da acção desenvolvida pelas jurisdições nacionais e pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. E, igualmente, por força da relação estabelecida entre as Administrações nacionais e entre estas e a Administração comunitária.

E sublinhe-se que o “espaço administrativo europeu” tem induzido à observância dos valores de efectividade e de eficiência, mesmo em domínios estritamente jurídicos. Assim:

- As administrações dos Estados membros têm de assegurar capacidade efectiva e eficiente da aplicação do Direito Comunitário já em vigor e do que for aprovado; e
- As administrações dos Estados candidatos têm de assegurar capacidade efectiva e eficiente de recepção do “*acquis communautaire*”.

No sentido de um “espaço administrativo europeu” dispõe o Tratado de Lisboa, ao consagrar no Tratado da Comunidade Europeia, um novo título com a epígrafe “A cooperação administrativa” e o artigo 176º-D que dispõe:

1. “A execução efectiva do direito da União pelos Estados-Membros, essencial para o bom funcionamento da União, é considerada matéria de interesse comum.
2. A União pode apoiar os esforços dos Estados Membros para melhorar a sua capacidade administrativa de dar execução ao direito da União (...)”

E a propósito da Administração comunitária o artigo 254º-A passa a dispor: “No desempenho das suas atribuições, as instituições,

órgãos e organismos da União apoiam-se numa administração europeia aberta, eficaz e independente”.

5. **Uma falsa questão e questões (talvez) pertinentes.** Pelo que se acabou de dizer quanto ao “nosso tempo” e quanto ao “nosso espaço”, não faz sentido perguntarmo-nos sobre o que vem primeiro: a legalidade ou a eficiência? Ou tal questão surge exclusivamente para provocar a discussão.

É um dado adquirido que é no contexto da acção administrativa em conformidade com a Lei que o valor da Eficiência deve ser desenvolvido. A Administração Pública, sob o primado da Lei, prossegue pois os interesses públicos definidos por esta ou nos termos desta, toma as suas decisões e age em conformidade com a Lei, segundo os procedimentos fixados legalmente e em respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. E na sua acção deve inspirar-se em princípios de “Boa Administração” em que se inserem os valores da efectividade e eficiência.

Mas se aquela é uma falsa questão, outras há que se podem colocar com alguma pertinência e que traduzem a “tensão criadora” a que acima se fez referência:

- em que medida a lei e a sua predominância podem contribuir para a promoção da eficiência?
- em que medida a eficiência pode contribuir para uma melhor observância da lei?

É que nesta abordagem a lei pode ser perspectivada como “quadro de referência” em que se desenvolve a acção administrativa, mas também como “instrumento” desta acção.

A função da lei como “quadro de referência” da acção administrativa é essencial: as instituições públicas são criadas por lei, as suas competências são definidas por lei, as regras que regem a sua acção e as suas decisões são fixadas por lei, os seus deveres relativamente ao respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos são prescritos por lei. A lei é pois o contexto fundamental em que se organiza e move a Administração.

Mas, como se disse, a lei também pode ser perspectivada como instrumento usado pela Administração para que a prossecução do interesse geral prevaleça e as necessidades colectivas sejam satisfeitas. A função instrumental da lei é relevante em todos os domínios da acção administrativa: quer naqueles que se podem considerar de “intensidade legal”, nomeadamente no âmbito da regulação do mercado do trabalho, do controlo de fronteiras, dos serviços de segurança, quer nos outros que se podem qualificar de “intensidade financeira”, nomeadamente na segurança social e nos apoios directos às actividades sociais, económicas e culturais, quer ainda naqueles que se podem caracterizar como de “intensidade laboral e financeira”, como por exemplo, nos sistemas de saúde e educação.

Ora, sem querer simplificar, e preservando sempre a função dominante da Lei, parece que a “Eficiência” pode colocar desafios à “Lei” na sua função de “quadro de referência” da acção administrativa e a “Lei” na sua função instrumental pode promover o desenvolvimento da “Eficiência” na acção da Administração Pública.

6. **Legalidade e eficiência: desafios mútuos.** Como vimos o princípio da legalidade surge nas Administrações Públicas europeias como imposição de uma longa tradição jurídica, como bastião da protecção dos direitos dos cidadãos, como quadro fundamental da acção administrativa e como seu instrumento e, acrescente-se agora, como fonte da legitimidade. Em todos os tempos a questão da legitimidade foi uma questão central na organização dos Estados, tendo as suas fontes sido inúmeras e diferentes. A legitimidade da Administração Pública funda-se na Lei. Está na Lei.

O princípio da eficiência surgiu posteriormente, como também se viu, mas a sua importância surge da pressão social para o aumento da intervenção do Estado e dos seus serviços, para o aumento da sua qualidade, ao mesmo tempo que se exige a manutenção ou mesmo diminuição da pressão fiscal. As sociedades pretendem mais e melhores serviços públicos mas com menor afectação de recursos. E com a actual crise económica e financeira essas exigências sairão reforçadas. Que fazer? Como pode a Lei promover

a Eficiência? Como pode a Eficiência contribuir para a observância da Lei?

Antes de procurarmos respostas em alguns domínios, vale a pena revisitarmos a questão da Administração Pública e dos seus poderes discricionários. Esse é um domínio que se desenvolveu extraordinariamente com a emergência da intervenção do Estado em inúmeros domínios da vida social e económica. Com o desenvolvimento do Estado Social de Direito os poderes discricionários cresceram e, tendo crescido, constituem um domínio onde o confronto entre legalidade e eficiência mais se pode fazer sentir. Como sabemos discricionariedade não significa arbítrio. No exercício de poderes discricionários as entidades públicas estão vinculadas à prossecução do interesse público mas, respeitado este, devem procurar a melhor solução para cada caso. Ora temos, pois, aqui uma situação onde as preocupações de eficiência podem obter um largo alcance. Mas acrescente-se: aumentando o espaço da discricionariedade devem aumentar igualmente os mecanismos de controlo de forma a evitar o arbítrio. Também esta questão será abordada posteriormente.

Atente-se ainda que é a Lei que consagra os direitos dos cidadãos. A Administração Pública é um dos meios mais relevantes que têm os cidadãos para exercer os seus direitos: veja-se, por exemplo, em inúmeros Estados, o direito à protecção na velhice, o direito à saúde, o direito à escolaridade básica, assegurados por sistemas públicos de segurança social, de saúde e de educação. Ora, tais direitos podem ser, de facto, exercidos ou exercidos em plenitude no caso de a Administração seguir princípios de efectividade e de eficiência. Não basta a lei consagrar os direitos. É necessário que haja condições para o seu exercício. Aqui temos, pois, um domínio em que a Eficiência contribui para uma efectiva observância da Lei.

Em muitos domínios da vida administrativa esses desafios mútuos entre Lei e Eficiência se podem igualmente colocar. Vejamos alguns:

- na fixação das funções administrativas do Estado;
- na consagração do dever da “Boa Administração”;

- na fixação das regras do procedimento administrativo;
- na gestão das finanças públicas;
- nas regras relativas à contratação pública;
- no regime da função pública;
- nos mecanismos de controlo.

Um adequado equilíbrio entre a legalidade e a eficiência visa evitar um ambiente de sobrevalorização de normas e regras em detrimento da produção de resultados e da satisfação dos cidadãos.

7. A determinação das funções administrativas do Estado. Ainda que esta questão seja de natureza estritamente política e, frequentemente, de natureza constitucional, ela não pode deixar de ser abordada. Porque é a Lei que determina quais as funções que estão cometidas à Administração, quais as necessidades colectivas que esta deve satisfazer e que interesses públicos devem prevalecer. Num momento em que a pressão para o aumento da eficiência se faz sentir e em que se pedem novos tipos de intervenção ou o reforço de alguns dos já existentes, impõe-se fazer uma avaliação das funções administrativas do Estado e sobre cada uma delas lançar a interrogação sobre se se deve manter, extinguir ou dever ser assumida por entidades não públicas. É neste domínio de procura das soluções mais eficientes que continuam a fazer sentido soluções como as das privatizações dos serviços públicos, de parcerias com o sector privado, de outsourcing, de adopção de soluções próprias do Direito Privado ou da gestão empresarial. Com uma reserva: se se considerar que, de alguma maneira, as funções devem continuar a ter uma natureza pública há que consagrar mecanismos de acompanhamento e de avaliação de controlo pelas instituições públicas.

Uma regra orientadora poderá ser seguida: se uma função administrativa coloca particulares exigências em matéria de legalidade, é um sinal de que deverá ser mantida no âmbito público. Se a função colocar especiais desafios em termos de gestão eficiente dos meios, é um dado a ter em conta para possível desenvolvimento fora do sector público administrativo.

A par, ou em consequência da reavaliação das funções administrativas do Estado, deve encetar-se a revisão das soluções de organização administrativas pela:

- Avaliação da utilidade dos serviços existentes;
- Reforço estrutural das funções normativas, de programação, orçamentação, avaliação e de controlo;
- Redução de níveis hierárquicos visando a eficiência do funcionamento administrativo;
- Adopção de soluções de serviços partilhados (shared services) designadamente nas funções de gestão financeira, de recursos humanos e de compras públicas;
- Desenvolvimento dos programas de administração electrónica.

8. O dever da “Boa Administração”. Competindo à Administração respeitar o princípio da prossecução do interesse público, resulta deste a existência de um dever de “Boa Administração”: o dever da Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível. Tal dever pode ter consagração legal. Embora nos casos em que tenha consagração legal, em regra se possa considerar um dever jurídico imperfeito, por não ser acompanhado de previsão de sanção jurisdicional, o seu incumprimento pode dar origem a sanções não jurídicas, mas de natureza política, e de avaliação administrativa. Contudo, é possível perspectivar a emergência progressiva de verdadeiras sanções, como abaixo se verá a propósito dos mecanismos de controlo.

9. Legalidade e eficiência nos procedimentos administrativos. A fixação de regras sobre como devem ser conduzidos os procedimentos administrativos, visando a tomada de decisão, é muitas vezes encarada como um obstáculo à eficiência na Administração Pública. Devemos ter presente, de novo, que a natureza pública da Administração e dos recursos que gere, a prossecução dos interesses públicos, o respeito pelos direitos dos cidadãos e pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da transparência, a aplicação

imparcial da Lei e a boa e eficiente gestão dos recursos impõem a existência de tais regras.

Em alguns países essas regras estão disseminadas por várias leis, noutros estão codificadas. Esta solução, pelo menos, permite uma melhor percepção pelos cidadãos e pelos funcionários sobre os mecanismos que estão ao seu alcance ou devem utilizar.

Para além do que se disse, a fixação de normas sobre a condução dos procedimentos administrativos, é ainda essencial para permitir uma adequada formulação do que é a vontade da Administração e pode contribuir para a eficiência na medida em que, nomeadamente:

- deve prever a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito, permitindo que, de seguida, a acção administrativa seja mais célere;
- deve exigir a fundamentação das decisões e a sua transmissão aos interessados para que estes, com mais clareza e rapidez, possam conhecê-las e aceitá-las ou impugná-las;
- deve fixar procedimentos ágeis que conduzam a decisões e actuações rápidas e dispensar exigências injustificadas ou excessivas, fazendo um equilíbrio entre interesse público, custos e benefícios dos procedimentos e respeito pelos direitos dos cidadãos;
- deve determinar uma posição de boa fé por parte da Administração.

Nestas matérias a lei deve ser pois concebida com preocupações de justiça e de eficiência. E, nestas matérias, a lei passando a ser “quadro de referência” e “instrumento” pode contribuir activamente para uma Administração mais eficiente.

- 10. Legalidade e eficiência na gestão financeira pública.** Os recursos financeiros das Administrações são públicos. São o resultado do esforço contributivo dos cidadãos. Como se sabe, as questões financeiras – em particulares as fiscais – estão historicamente na génese do Estado submetido ao Direito. Por isso, a gestão financeira deve subordinar-se à lei. O quadro legal pode fixar soluções avançadas de gestão desde que fique assegurado que os recursos são geridos com

finalidades e por critérios de interesse públicos. As despesas devem ser autorizadas nos termos da lei. Não resisto a transmitir, sinteticamente, o sentido de norma fundamental existente na lei portuguesa: nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga, sem que, simultaneamente, respeite as normas legais aplicáveis, se enquadre em orçamento aprovado e satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia.

Assim, é possível introduzir os clássicos “3 e’s” no coração da legalidade da gestão financeira. Mas esta solução relaciona-se com o que acima fica dito a propósito do dever de Boa Administração e com o que se dirá depois sobre os mecanismos de controlo.

Pode pois, neste domínio, a lei inspirada em valores de eficiência contribuir para a sua promoção, como demonstra também a progressiva adopção em muitos países de modelos de orçamentação por programas associados ao desenvolvimento da gestão por objectivos. Com tais modelos, a par de preocupações de regularidade das despesas públicas, estas passam a relacionar-se com os objectivos das políticas públicas. Estes devem ser determinados, calendarizados e quantificados e, assim, passíveis de avaliação em função da efectividade e eficiência.

11. Legalidade e eficiência na contratação pública. Este é um dos domínios onde a convergência do sistema administrativo europeu foi mais longe, podendo mesmo falar-se de um direito da contratação pública europeu, constituído por directivas, legislações nacionais produzidas em conformidade com tais directivas, orientações interpretativas da Comissão e vasta jurisprudência comunitária e dos tribunais nacionais. As regras da contratação pública que densificam, neste domínio, o princípio da legalidade, devem igualmente assegurar a predominância dos princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé. Mas as concretas soluções podem inspirar-se em preocupações de eficiência, visando a celeridade dos procedimentos e a obtenção das melhores propostas para a satisfação das necessidades públicas, seja no domínio das obras públicas, das aquisições de bens e serviços, do financiamento ou da concessão de serviços públicos. E nessas soluções, visando o aumento da eficiência, poderão ter lugar:

- mecanismos de participação dos concorrentes por via electrónica;
- organização de centrais de compras do Estado;
- leilões electrónicos;
- acordos-quadro celebrados por uma ou várias instituições públicas e em cujo âmbito se poderão realizar aquisições durante determinado período temporal;
- sistemas de aquisição dinâmicos de base electrónica para aquisição de bens e serviços e uso corrente e de tipo estandardizado.

12. O estatuto da função pública. Vejamos agora brevemente alguns aspectos deste estatuto na perspectiva da promoção da eficiência. Está assumido que nas Administrações do “espaço administrativo europeu” é essencial à existência de um corpo de funcionário, com estatuto legalmente consagrado – embora parte desse estatuto possa ou mesmo deva ser objecto de contratação individual ou colectiva - que permita o acesso de todos os cidadãos em condições de igualdade, ao exercício de funções públicas e que crie condições para que tal exercício procure sempre a satisfação dos interesses gerais. Mas face à rigidez dos estatutos do passado rigorosamente em tudo ligados ao disposto minuciosamente na lei, é possível encontrar novas soluções que, respeitando o primado da lei, estimulem a eficiência no exercício de funções públicas. Refiro-me designadamente:

- ao exercício de funções visando a prossecução de objectivos e a obtenção de resultados;
- a avaliação individual de desempenho com impacto na carreira ou no exercício dos cargos;
- a sistemas remuneratórios que, em dimensão adequada, permitam fazer reflectir na remuneração o mérito demonstrado no exercício de funções.

Se tais conceitos são importantes para o estatuto da generalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas, ganham particular relevo no caso dos que exercem cargos directivos.

A par dos estatutos legais, o respeito pela lei e a promoção da eficiência dependem igualmente da consagração de cartas éticas em geral e para certos profissionais em especial, em que se reafirmem

não só os valores tradicionais do serviço público mas também os novos desafios que decorrem das exigências de uma boa gestão dos recursos.

13. A legalidade e a eficiência e os mecanismos de controlo. Tanto no domínio da legalidade como no da eficiência, os mecanismos de controlo são essenciais, sobretudo em Administrações Públicas em que se exercem largos poderes discricionários. Trata-se de fiscalizar o cumprimento das normas e avaliar os resultados. As instituições públicas devem prestar contas e a sua actuação deve ser objecto de avaliação e de controlo.

Os mecanismos de controlo devem ser variados:

- políticos: para além do exercício de poderes de direcção e de tutela dos Governos, em muitos Estados existe tradição de intervenção parlamentar no controlo da Administração;
- administrativos: assegurados por outros órgãos da administração, designadamente inspecções;
- jurisdicionais: para além da criação de amplos mecanismos de impugnação judicial das decisões administrativas a conferir aos cidadãos, em alguns Estados existem órgãos jurisdicionais com poder de controlo sobre a legalidade dos actos administrativos e a economia, eficiência e eficácia da gestão pública.

Tais mecanismos de controlo podem, pois, ser internos ou externos à Administração, serem de estrita legalidade ou também quanto ao mérito da gestão praticada, podem ser públicos ou particulares. Para além da iniciativa dos cidadãos na impugnação das decisões que lhes digam respeito, há também controlo nos mecanismos de protecção dos interesses legítimos dos particulares, na protecção dos interesses difusos, no acesso à documentação administrativa e no relevo que deve ser dado à comunicação social.

Finalmente, os mecanismos podem ser prévios à produção de efeitos dos actos administrativos ou posteriores à sua integral eficácia.

No sistema de controlos que os Estados devem instituir e cujas várias tipologias se discriminaram, assumem papel de relevo as instituições superiores de controlo, quer com perfil jurisdicional – os Tribunais de Contas – quer os que seguem o modelo de auditor geral. Têm um papel de relevo pela sua independência face aos poderes políticos e face à Administração e por seguirem exclusivamente critérios de conformidade legal e de boa gestão.

No caso português, em que o Tribunal de Contas tem consagração constitucional, o seu papel no sistema de controlos é reforçado na medida em que tem competências de efectivação de responsabilidades financeiras. Isto é: a lei consagra a possibilidade de aplicação de sanções pela prática de infracções financeiras. Tais infracções correspondem a ilegalidades cometidas na gestão das finanças públicas.

Refira-se contudo que, tendo o Tribunal competências de auditoria, pode nesse âmbito formular recomendações relativas à gestão das instituições públicas, seguindo critérios de economia, eficiência e eficácia.

Recentemente, a lei veio consagrar que se tais recomendações não forem acatadas e esse não acatamento for reiterado e não justificado, o Tribunal pode aplicar sanções.

Ora, o dever de “Boa Administração” que acima aludimos e caracterizamos como dever jurídico imperfeito, começa pois a aperfeiçoar-se.

O princípio da legalidade mantém pois o seu primado, mas ganha força o princípio da eficiência.

Mas, neste movimento, não devemos esquecermo-nos nunca de um princípio fundamental em Democracia: a Lei transmite a Vontade do Povo.

2009-03-09