



Universidade do Minho
Escola de Direito

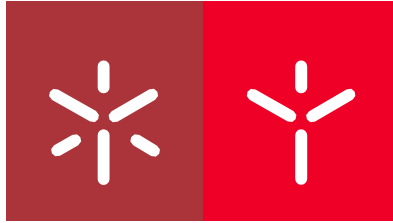
Gustavo de Paiva Gadelha A conformação jurídica da Despesa Pública

Gustavo de Paiva Gadelha

A conformação jurídica da Despesa Pública

UMinho | 2021

dezembro de 2021



Universidade do Minho

Escola de Direito

Gustavo de Paiva Gadelha

A conformação jurídica da Despesa Pública

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Joaquim Manuel Freitas da Rocha

Dezembro de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial

CC BY-NC

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

AGRADECIMENTOS

O percurso desenvolvido na investigação e ao longo da elaboração da tese de doutoramento constitui caminho árduo e desafiador, sempre motivado pelo encantamento de novas descobertas. Com a pesquisa, um novo mundo se abre e um novo indivíduo surge, pois, sem perceber, ao buscar compreender conceitos e estabelecer vínculos com os problemas e hipóteses verificados, acaba sendo alimentado com novos elementos e ideias. De todo modo, por mais que a atividade seja desempenhada quase sempre no isolamento intelectual, é rumo que não se segue sozinho. Por isso, seria injusto omitir os agradecimentos às pessoas que, a seu modo e intensidade, contribuíram para que essas linhas fossem escritas.

À minha esposa Vanessa, minha confidente pessoal e acadêmica, que tanto me ouviu, ajudou e inspirou. Foi essa companheira amada que segurou a minha mão e caminhou comigo até aqui. Sem ela, é certo que sequer teria iniciado o percurso.

Aos meus filhos, Ana Júlia, Isadora e Gustavo, bênçãos em minha vida, que sempre estiveram presentes, mostrando que a felicidade está e sempre estará na minha família.

Aos meus pais, Gerson e Lúcia, pelo amor incondicional e pelo contributo à minha percepção da realidade.

Ao professor Dr. Joaquim Freitas da Rocha, meu dileto orientador, pela disponibilidade, pelo acolhimento e pela valiosa contribuição ao aperfeiçoamento deste trabalho. Admirável seu rigor técnico, capacidade de clareza e profundidade nos textos escritos, não maiores do que sua humildade e fidalguia. Mais que minha gratidão, a ele toda minha sincera admiração.

Ao professor Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, pelo incentivo de primeira hora e pelo apoio sempre oportuno.

À Escola de Direito da Universidade do Minho, em especial, às professoras Dra. Maria Clara Calheiros, Dra. Joana Aguiar e Silva, Dra. Patrícia Jerónimo e Dra. Maria Elizabeth Fernandez, de quem tive a honra de ser aluno no programa doutoral, que tanto contribuíram para muitas ideias aqui expostas.

A todos, seguindo a tônica de simplicidade deste trabalho, ofereço meu mais sincero bem-haja!

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 28 de dezembro de 2021.

A conformação jurídica da Despesa Pública

RESUMO

O pleno exercício das funções estatais na densificação da busca pelo bem comum, manifestada pela prossecução do interesse público, não prescinde do fundamental equilíbrio na aplicação dos recursos disponíveis, a revelar a constante observação e rígido acompanhamento de sua atividade financeira, consubstanciada na arrecadação de receita e execução da despesa pública. Em meio ao cenário global de escassez de recursos e reconhecido déficit das finanças públicas, sem pretender desconsiderar a importância da captação de recursos para a boa gestão e para o próprio fortalecimento estatal, parte-se a observar mais detidamente a despesa pública, principiando por reconhecê-la como fenômeno de natureza heterogênea, a expressar dimensões política, econômica e jurídica. A perspectiva proposta não se arrisca ao aprofundamento das dimensões plurais do ato despesista, mas, centrando-se no seu aspecto jurídico-científico (base normativa), dispõe-se a investigar parâmetros de conformação jurídica da despesa pública, designadamente a analisar quais critérios de juridicidade permitem o seu controle jurisdicional. Sob esse enfoque, analisa-se a formação jurídica tridimensional da despesa pública, fundada não apenas em normas cultivadas a partir de processo formativo endógeno, mas, também, considera os vieses político-jurídicos e jurídico-econômicos da despesa pública, a revelar que mesmo juízos discricionários e de eficiência da despesa pública precipitam-na ao amplo controle jurisdicional. Destarte, a partir de pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial, observa-se o exato papel dos Tribunais no atual estágio do Estado Democrático de Direito, sobretudo a partir da inspiração do neoconstitucionalismo, a sindicar a juridicidade da atividade despesista como ato administrativo concreto, resultado de uma escolha pública, reflexão necessária a evidenciar os parâmetros de conformação jurídica indicados a partir dos limites estabelecidos para interferência jurisdicional. Para além disso, observa-se essa análise jurídica multifacetada da despesa e do respectivo controle jurisdicional através de microcomparação dos ordenamentos jurídicos do Brasil, Portugal e Espanha, permitindo-se estabelecer perspectiva de orientação hermenêutica e de adequação jurídica aos problemas evidenciados. Com esse percurso, amparado no método indutivo, constrói-se percepção mais profunda da conformação jurídica da despesa pública, pois, ao tempo em que se constata amplo cabimento do seu controle, conclui-se pela necessidade de autocontenção e fixação de balizas objetivas, para, em casos de indeterminação epistêmica, desautorizar atuação jurisdicional a substituir o conteúdo decisório administrativo despesista. Firma-se, assim, entendimento acerca da mutação evolutiva da legalidade administrativa, que não mais se harmoniza com a simples invocação à legalidade formal estrita. A interpretação normativa, também levada a efeito na execução da despesa pública, é extraída da consagração da vinculação da Administração ao plano normativo do ordenamento jurídico (princípios e regras), reverberando a ideia de que a despesa pública se submete à ampla normatividade jurídica, cuja conformação formal e substancial sempre será aferida em termos concretos.

Palavras-chave: Despesa pública; Juridicidade; Discricionariedade administrativa; Eficiência; Controle jurisdicional.

The legal conformation of Public Expenditure

ABSTRACT

The full exercise of state functions in the densification of the search for the common good, manifested by the pursuit of the public interest, does not dispense the fundamental balance in the application of available resources, revealing the constant observation and strict monitoring of its financial activity, embodied in the collection of revenue and execution of public expenditure. Amidst the global scenario of scarcity of resources and recognized budget deficit, without intending to disregard the importance of fundraising for good management and for the state strengthening itself, it is starting to look more closely at public spending, starting with recognizing its heterogeneous nature, expressing political, economic and legal dimensions. The proposed perspective does not pretend to deepen the plural dimensions of the spending act, but, focusing on its legal-scientific aspect (normative basis), it is willing to investigate legal parameters of public expenditure, namely to analyze which criteria for jurisdiction allows its jurisdictional control. Under this approach, the three-dimensional legal formation of public expenditure is analyzed, based not only on norms cultivated from an endogenous training process, but also considering the political-juridical and legal-economic biases of public expenditure, revealing that even discretionary judgments and the efficiency of public expenditure precipitate it into broad jurisdictional control. Thus, based on doctrinal, legal and jurisprudential research, the exact role of the Courts in the current stage of the Democratic State of Law is observed, especially from the neoconstitutionalism inspiration, to syndicate the juridicity of spending activity as a concrete administrative act, the result of a public choice, a necessary reflection to highlight the parameters of legal conformation indicated from the established limits for jurisdictional interference. In addition, this multifaceted legal analysis of expenditure and the respective jurisdictional control is observed through a micro-comparison of the legal systems of Brazil, Portugal and Spain, allowing for the establishment of a perspective of hermeneutic orientation and legal adequacy to the highlighted problems. With this path, supported by the inductive method, a deeper perception of the legal conformation of public expenditure is built, because, at the same time that its control is broadly appropriate, it is concluded that there is a need for self-restraint and the establishment of objective goals, to, in cases of epistemic indeterminacy, disallow jurisdictional action to replace the administrative decision-making content of spending. Thus, an understanding is established regarding the evolutionary mutation of administrative legality, which is no longer harmonized with the simple invocation of strict formal legality. The normative interpretation, also carried out in the public expenditure management, is extracted from the consecration of the Administration's binding to the normative plan of the legal system (principles and rules), reverberating the idea that public expenditure is subject to broad legal normativity, whose formal and substantial conformation will always be measured in concrete terms.

Keywords: Public expenditure; Juridicity; Administrative discretion; Efficiency; Jurisdictional control.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. ESTADO E DIMENSÃO PÚBLICA	21
1. A formação e legitimação do Estado: em busca do “bem comum”	21
2. A dimensão tangível do interesse público	34
CAPÍTULO II. A DESPESA PÚBLICA E SUA COMPOSIÇÃO TRIDIMENSIONAL	63
1. Legitimação democrática na definição de políticas públicas: o encontro entre necessidades públicas e despesa estatal	63
2. Análise econômica da despesa pública: contributos da economia e da teoria da escolha pública	80
3. A legalidade da despesa pública: aspectos jurídicos do agir administrativo despesista	95
3.1. Dimensão orçamentária: nível de juridicidade normativo-autorizativa.....	99
3.2. Dimensão de execução: nível de juridicidade do ato administrativo despesista	112
CAPÍTULO III. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: DIMENSÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA DESPESA PÚBLICA	158
1. Discricionariedade administrativa e controle judicial no Estado Constitucional de Direito.....	160
2. Judicialização, autocontenção e ativismo judicial: o papel dos tribunais e a nova conformação da discricionariedade administrativa	168
3. Limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: notas comparativas entre Brasil, Portugal e Espanha	179
3.1. Enquadramento histórico e estrutural dos sistemas jurídicos comparados	184
3.2. Enquadramento jurídico: limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	192
3.3. Síntese comparativa	201
3.4. Disrupção e perspectivas	207

CAPÍTULO IV. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA EFETIVAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA: A PERSPECTIVA JURÍDICA DO VALOR ECONÔMICO	209
1. A fundamentalidade e juridicidade do princípio da eficiência na Administração Pública: a densificação do ideal de interesse público	209
2. A aplicação do princípio da eficiência no controle externo das despesas públicas: a jurisprudência dos Tribunais no Brasil, Portugal e Espanha	222
CAPÍTULO V. A JURIDICIDADE DA DESPESA PÚBLICA	244
1. Sindicabilidade jurídica da despesa pública: separação de poderes e legitimação jurisdicional a partir da aproximação das narrativas jurídicas	244
1.1. Direito, Arte e Literatura: o encontro entre as narrativas jurídicas a partir do último narrador.....	246
1.2. A consideração histórica dos fatos e a fundamentação judicial com base nas narrativas jurídicas: a legitimação da decisão jurisdicional na conformação da escolha pública.....	254
2. Limites e condicionantes jurídicos da despesa pública: mutações do princípio da legalidade.....	259
CONCLUSÕES	270
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	276
JURISPRUDÊNCIA	294
LEGISLAÇÃO	301

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI.	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
BVerfG.	Bundesverfassungsgericht
CE/78.	Constitución Espanhola de 1978
CF/88.	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Cfr.	Conferir
CPA.	Código do Procedimento Administrativo
CPTA.	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP/76.	Constituição da República Portuguesa de 1976
Ed.	Edição
ETAF.	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
Et. Al.	<i>Et alteri</i> (e outros)
FMI.	Fundo Monetário Internacional
Ibid.	<i>Ibidem</i>
LCPA.	Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso
LEO.	Lei de Enquadramento Orçamental
LGP.	Ley General Presupuestaria
LO.	Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOTIC.	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico
Org.	Organizador
P.	Página
RAFE.	Regime da Administração Financeira do Estado
Trad.	Tradução
V. g.	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

A transposição de mundos e a gradativa eliminação de barreiras físicas estatais apresentaram-se como resultado de intenso processo de globalização, que findou por transnacionalizar problemas diversos, antes restritos aos limites territoriais estatais.

É assim, pois, que compreender a essência dos problemas permite dissecar a solução para sua conformação nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Vive-se, nos tempos atuais, o cenário mundial propício a essa percepção, pois não há Estado que não passe, em maior ou menor escala, por dificuldade fiscal, social ou política.

No cenário de crise, parte-se rapidamente para a energização da solução, sem se permitir diagnosticar a verdadeira origem do distúrbio estatal.

É o que parece ocorrer com o antigo e atual problema das finanças públicas, combatidas pela aparente insuficiência de recursos públicos, que sempre faz ressuscitar novas discussões sobre a necessidade de incremento de fontes adicionais de custeio.

O Estado, então, passa a se mover em solavancos, sempre se voltando a potencializar a captação de recursos para custear sua atuação na satisfação das necessidades públicas.

Olvida-se, assim, que o âmago do problema não está escondido, necessariamente, na insuficiência do volume de recursos. A análise mais aprofundada passa a perscrutar sobre as raízes do déficit público, fazendo por merecer novas reflexões sobre a despesa pública, onde parece residir a verdadeira causa da atual debilidade financeira estatal¹. Compreender adequadamente o fenômeno despesista apresenta-se, pois, como passo fundamental à sustentabilidade financeira estatal, pressuposto inadiável do equilíbrio intergeracional da sociedade².

Percebe-se, pois, na definição da despesa pública, desde a construção do conjunto orçamental até a efetivação do dispêndio, que as finanças públicas podem ser equalizadas sem maiores agravos à capacidade contributiva da sociedade.

Em outras palavras, repensar, mais que o volume, a qualidade do gasto público

¹ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais)**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 147-148; ROCHA, Joaquim Freitas da. *Finanças Públicas e pós-modernidade. O Direito Financeiro como desvio à natureza principiológica e jurisprudencialista do Direito da União Europeia*. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, Ano IV, 1, p. 143-152, Lisboa, 2011. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/52644>>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

² Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. *Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional*. p.619-639. In: CORREIA, Fernando Alves, LOUREIRO, João Carlos Loureiro e MACHADO, Jonatas E. M. (Orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36063>>. Acesso em 20 fev. 2019.

configura passo fundamental para a harmonização fiscal e compreensão da dimensão estatal.

Não se trata de syndicar a despesa pública apenas para responsabilizar o gestor público por suas condutas administrativas, mas, para além disso, significa traçar parâmetros jurídicos seguros e racionais para orientar a atuação administrativa.

É certo que a pretensão publicista não é simples, porque o fenômeno despesista apresenta-se multidimensional, destacando-se seus aspectos econômicos, políticos e jurídicos. Por isso mesmo, não se pretende trilhar sobre teoria pura e estanque da despesa pública. Busca-se, isto sim, perspectivar a análise da despesa pública no ponto que suas dimensões se fundem para permitir o controle de conformação jurídica (juridicidade), aproximando, assim, aspectos econômicos, políticos e jurídicos (*stricto sensu*) da despesa pública.

O tema proposto, aliás, ganha projeção de atualidade mundial em razão da crescente demanda por atuação do Estado, que se projeta ainda mais pressionado pela escassez de recursos públicos para o desenvolvimento de suas atividades³.

Exemplo adequado do cenário descrito pode ser encontrado no Estado brasileiro, que, apesar de apresentar Constituição vigente fértil no reconhecimento de direitos, acaba por não lhe emprestar efetividade, dentre outras causas, pela insuficiência de recursos ao desenvolvimento de suas funções. Notório, portanto, quadro patológico metastático das finanças públicas estatais brasileiras, que acabou por resultar na aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016, instituindo Novo Regime Fiscal, que, dentre outras providências, acabou por limitar a despesa pública da União por vinte exercícios financeiros. Por outro lado, objetivando racionalizar e conferir parâmetros ao controle do agir administrativo, foi editada a lei n.º 13.655/2018, que, sob o pretexto de conferir segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, positivou regras metodológicas e hermenêuticas do controle da Administração Pública.

Vale destacar que a dificuldade financeira não é problema exclusivo de países periféricos ou subdesenvolvidos. Também na Europa, o equacionamento da despesa pública atravessou período de turbulência, com ampla atuação da União Europeia na definição de metas e diretivas comuns aos Estados membros para recuperação fiscal. Em Portugal, apesar do esforço pelo cumprimento das diretrizes transnacionais, ainda remanesce profunda discussão

³ Nesse sentido, o professor Paulo Otero (OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 194), após ressaltar que o centro decisório do Estado de bem-estar se firma no Poder Executivo, destaca que “*o conflito dilemático existente no actual Estado, entre a implementação de imperativos constitucionais de bem-estar e a escassez de meios financeiros, é acompanhada nos sistemas parlamentares de uma verdadeira crise de modelo governativo e de legitimidade política efectiva do decisor*”.

sobre a ecologia da despesa pública e mecanismos adequados para minorá-la ou qualificá-la⁴. Na Espanha, o tema também é objeto de reflexão, por se compreendê-lo como caminho adequado para a saúde financeira estatal e pleno desenvolvimento das políticas públicas consagradoras de direitos.

Portanto, a investigação em torno da despesa pública, além de compreender problema transnacional e atemporal, realinha a definição do papel do Estado na satisfação dos anseios coletivos.

Nesse sentido, avolumam-se estudos multidisciplinares (não jurídicos) sobre o dispêndio público, especialmente análises econômicas sobre o atual estado das finanças públicas, desaguando em considerações puramente estáticas acerca dos resultados econômicos (construções econométricas) – e, por vezes, sociais – a respeito das decisões públicas. À análise desses resultados, somam-se reflexões sobre as causas comportamentais do gestor público, com os contributos apresentados pela teoria da escolha pública e da economia comportamental, voltadas a explicar as razões para as escolhas administrativas.

No entanto, se é verdade que essas considerações não podem ser ignoradas e representam importante valor na formação da interpretação jurídica⁵, é certo que, a rigor, carecem de clara normatividade estatal a justificar a possibilidade de controle. Vale dizer, essas considerações apenas indicam a exploração dos fatos e valores, pelo que, não materializados em regras ou princípios jurídicos, escapam à censura normativa, não sendo propriamente objeto de estudo do Direito.

Já na doutrina jurídica, o tema ainda se apresenta pouco explorado, notadamente porque, como exposto, o problema vem sendo enfrentado pelo prisma da arrecadação. Fugindo desse debate, focando especificamente na despesa pública, a análise geralmente é trilhada no aspecto orçamentário, assim compreendido como norma autorizativa da execução do gasto público. Esse é um enfoque que acaba por dar primazia à aceitação, em abstrato, da despesa

⁴ É o cenário descrito pelos professores JOAQUIM FREITAS DA ROCHA e NOEL GOMES (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da; GOMES, Noel. Da responsabilidade Financeira. *Revista Scientia Iurídica*, Tomo LXI, n.º 329, p. 293-323, Maio–Agosto, 2012, Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51205>>. Acesso em: 10 Mar. 2019), apontando, assim, para a “crise do Estado e das finanças públicas”, ocasionada pelo incremento das despesas públicas sem lastro de equivalência nas receitas. A propósito, sobre reflexão acerca da evolução das despesas em Portugal, cfr. ALMEIDA, Vasco. O Estado, a Economia e as Despesas Públicas em Portugal: 1974 - 2000. *Revista de Administração e Políticas Públicas*, vol. II, n.º 2, 154-172, 2001. Disponível em: <https://www.academia.edu/910564/O_Estado_a_Economia_e_as_Despesas_P%C3%BAblicas_1974-2000>. Acesso em: 15 Mar. 2019.

⁵ Essa é observação de Maria d’Oliveira Martins (Cfr. MARTINS, Maria d’Oliveira. *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 18), ao destacar que muitos gastos públicos obedecem a lógica de uma racionalidade econômica, por vezes, calcada em interesses próprios dos agentes políticos, ideia central dos estudos da teoria da escolha pública (*ibid*, p. 23).

pública, que ocorre no plano legislativo com a participação dos agentes públicos responsáveis por sua definição.

A perspectiva, aqui trazida, todavia, direciona-se em outro sentido: busca analisar a ponta da cadeia despesista, compreendendo-a como ato administrativo concreto que efetiva o desembolso financeiro após decisão de escolha da melhor forma de atingir o interesse público e consagrar o direito fundamental à “boa despesa pública”⁶, assim compreendida, no entendimento de CARLA SOFIA DANTAS MAGALHÃES, como a relação jurídica complexa que se impõe como poder-dever ao Estado para alcance da dignidade da pessoa humana na sociedade⁷.

Percebe-se, pois, que o dispêndio público envolve duas decisões públicas fundamentais: uma, abstrata e *a priori*, que consiste na construção democrática de sua autorização; outra, concreta e *a posteriori*, que compreende sua efetiva execução, pela escolha do meio mais adequado ao interesse público.

Inegável a relevância da autorização legal para a análise dos contornos da despesa pública, pois permite projetar o equilíbrio no volume e intensidade da atividade financeira do Estado. Nenhuma novidade nesse ponto, porquanto, como mencionado, a compreensão jurídica encontra-se em estágio avançado de discussão sobre o tratamento orçamentário e suas nuances para o Estado contemporâneo.

No entanto, a investigação aqui proposta lança um primeiro olhar para a qualidade do gasto público como fator determinante para o aperfeiçoamento das finanças públicas. Não se trata de projetar estudo sobre os resultados ou adequação dos dispêndios estatais, simplesmente porque envolveria análise que se distancia da reflexão jurídica. Essa constatação serve apenas de plataforma fática para se considerar que a despesa pública patológica acaba por prejudicar o Estado e a sociedade, porque desvirtuada do interesse público. É o que MARIA D’OLIVEIRA MARTINS⁸ denomina de “falhas de intervenção do Estado”, indicando que a definição da

⁶ A expressão também é utilizada pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.:ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional. p.619-639. In: CORREIA, Fernando Alves, LOUREIRO, João Carlos Loureiro e MACHADO, Jonatas E. M. (Orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36063>>. Acesso em: 20 fev. 2019) para se referir ao subprincípio da seletividade da despesa pública, como densificação do princípio da equidade intergeracional, e, assim, sustentar a necessidade de uma adequada correspondência entre o instrumento escolhido (objeto da despesa pública) e o fim pretendido (a necessidade a ser suprida).

⁷ Cfr.: MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. **Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa**. 2011. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade do Minho, 2011. Disponível em: < https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20398/1/Tese_Carla%20Sofia%20Dantas%20Magalh%C3%A3es.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019. p. 126.

⁸ Cfr. MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 22. No mesmo sentido, cfr.: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das**

despesa pública pode ser manifestada por problemas ou desvios no exercício do poder.

Mas esse aspecto econômico também não pode ser desprezado, porque essa ponderação da equação econômico-financeira do agir administrativo (custos-benefícios e meios-resultados) acabou por ganhar contornos jurídicos com a construção do princípio da eficiência, passando a orientar a atuação da Administração Pública⁹. No Direito brasileiro, por exemplo, há expressa previsão no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de sua aplicação. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA¹⁰ aponta a eficiência como princípio de gestão pública, que, substancialmente, e não apenas formalmente, impõe a correta alocação de recursos, para, em atendimento a metas de operosidade e em conformidade com a finalidade do Estado, produzir soluções ótimas à diminuição das desigualdades sociais e efetivação de direitos.

Também na Constituição espanhola, ainda mais especificamente, prevê-se, em seu artigo 31.2, que a execução da despesa pública respeitará critérios de eficiência e economia¹¹. Em Portugal, extrai-se do artigo 266.º da Constituição o “dever de boa administração” da atuação da Administração Pública, devendo objetivar o “bem comum” do modo mais eficiente possível¹², restando positivado expressamente no artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015) para orientar a atuação administrativa nos princípios da eficiência, economicidade e celeridade. Ademais, válido registrar que os artigos 18.º e 52.º, n.º 3, “c”, da Lei n.º 151/2015 (Lei de enquadramento orçamental)

Finanças. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 65-66; p. 87-89; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 487.

⁹ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais).** 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 126-129; OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo.** 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 35-37.

¹⁰ Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 497. O citado autor, aliás, apresenta incisiva preocupação com o gasto público (ou, mais precisamente, sua inexistência), que deveria se voltar à parcela da sociedade que mais depende dos serviços públicos, porquanto despossuídos de recursos próprios de subsistência, chegando a sustentar o que denomina de “tolerância zero com o gasto público”, para refletir sobre uma teoria da despesa pública que considere inafastavelmente seu controle (*ibid.*, p. 509). É a mesma preocupação tratada pela professora MARIA DE D’OLIVEIRA MARTINS em sua tese de doutoramento intitulada “A despesa pública justa - Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública” e abordada sinteticamente no texto “Igualdade democrática e despesa pública justa”, em que defende a ideia de despesa pública justa com perspectiva de transformação social, movendo a função pública para o cuidado com os mais pobres (Cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. Igualdade democrática e despesa pública justa. p. 83-99. In MARTINS, Ana Gouveia, et al. (coords.). **X ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO.** Lisboa: ICJP, 2017, ISBN 978-989-8722-25-6).

¹¹ Sobre a importância dessa previsão em favor da juridificação da despesa pública, abandonando sua percepção como fenômeno político ou econômico, cfr.: CAZORLA PRIETO, Luís Maria. **Derecho Financiero y Tributario (Parte General).** 4. ed. Madrid: Arazandi, 2003, p. 106-108; MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso. La ordenación constitucional del gasto público en España. In GALÁN SÁNCHEZ, Ángel, et al. (Eds.). **El alimento del Estado y la salud de la "res publica": orígenes, estructura y desarrollo del gasto público en Europa.** Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2013. ISBN 978-84-8008-366-9, p. 27-49.

¹² Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo.** Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 35.

consignam expressamente a previsão do princípio da eficiência como norma diretiva e condicionante da despesa pública.

E, então, surge o interesse na investigação, em identificar os pontos de interseção entre direito e economia, que permitem o controle da despesa pública e, assim, responder à pergunta: o que, afinal, caracteriza despesa pública eficiente?

Trata-se da inevitável reflexão jurídica de aspectos econômicos incidentes na escolha pública de dispêndio, invocando, assim, as ponderações de AMARTYA SEN¹³ sobre a distinção entre maximalidade (escolha aceitável) e otimalidade (melhor escolha), para perspectivar o princípio da eficiência na Administração Pública: para atender ao interesse público e, assim, satisfazer a necessidade pública, a despesa deve eleger o melhor meio (despesa pública ótima) ou mostra-se adequado que seja suficientemente aceitável (despesa pública máxima)? Encontrar essas respostas mostra-se importante, não apenas para verificar a possibilidade, mas, também, a balizar o controle jurídico-econômico da despesa pública e a orientar previamente o gestor público no ato despesista. Além disso, essas reflexões são necessárias, porque, bem ou mal, como visto, o princípio pauta a atuação da Administração Pública e da execução da despesa pública, logo, norteia a escolha despesista. E, aliás, faz nascer outra questão: o princípio da eficiência constitui norma diretiva de qualquer Estado ou apenas daqueles que consignam sua expressa previsão? Em outras palavras, o princípio da eficiência apresenta-se fundamental ao funcionamento do Estado e intrínseco ao fenômeno despesista?

Esses questionamentos reflexivos, em verdade, indicam pistas dos parâmetros da conformação jurídica da despesa pública, que balizarão a atuação do gestor público e da intensidade de controle judicial respectivo¹⁴, imprimindo-lhe maior racionalidade e objetividade.

Mas não apenas no aspecto econômico-jurídico. O ato administrativo despesista se comporta permeado por aroma político, porquanto há quem sustente que a definição da

¹³ Cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 527-536; SEN, Amartya. Maximization and the Act of Choice. **Econometrica**. p. 745-779. vol. 65, no. 4, 1997. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2171939>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁴ A verificação da possibilidade de controle judicial de mérito da despesa pública (justiciabilidade) constitui caminho a ser construído durante a investigação, porque, desde já, verifica-se divergência de entendimentos. A esse respeito, considerando a inviabilidade de proteção jurisdicional sobre a eficiência da escolha pública do ponto de vista técnico, administrativo e financeiro, cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 36-37. Em sentido contrário, cfr.: RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular. p. 169-206. In GOMES, Carla Amado, et al. (coords.). **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**. 2 ed. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 186; SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: < https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890>. Acesso em: 20 Mar. 2019, p. 536-543.

necessidade pública envolva decisão política¹⁵, marcadamente discricionária, na escolha do melhor meio para atendimento do interesse público, opção que não seria passível de censura jurídica. Pensamentos céticos à parte, o atual estágio de desenvolvimento constitucional do Estado e de sua abertura normativa têm compreendido o papel do gestor de forma menos livre e mais sujeito aos princípios constitucionais, havendo incontidas vozes a sustentar a possibilidade de controle do ato discricionário que define (ou escolhe) políticas públicas, juridicizando o espectro político da despesa pública¹⁶. A questão, portanto, consiste em perceber como harmonizar a força impositiva normativa, e respectivo controle, aos princípios que orientam os limites da atuação do gestor, sem permitir que os tribunais possam se imiscuir no mérito das deliberações administrativas, assim entendidas como conjunto de meios disponíveis para o atendimento do interesse público e conseqüente satisfação das necessidades públicas¹⁷.

É, pois, justamente a junção ou conexão desses aspectos¹⁸ – econômico, político e

¹⁵ Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70) sustenta que a definição da despesa pública se estabelece sob duplo aspecto político e técnico, cabendo ao gestor definir quais necessidades humanas devem ser satisfeitas, para, a partir daí, pautar-se no aspecto técnico a fim de alcançar o melhor resultado econômico e social com menor sacrifício pecuniário. Ainda, citado autor esclarece que o princípio da legalidade da despesa pública, apesar de significar a exigência de que todos dispêndios devem ser previamente autorizados por lei, também serve “para guarda do princípio político de que só os representantes do povo podem escolher os fins a que ela se destina” (*ibid.*, p. 73).

¹⁶ Cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 68; ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 202-205. A esse respeito, Régis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 490-492) invoca os princípios da proporcionalidade e da eficiência para justificar a possibilidade de intervenção judicial na decisão de alocação de recursos, para, assim, primando pela boa gestão da coisa pública e tutelando a escolha do gasto público, assegurar as soluções acordes com os comandos normativos constitucionais e voltadas ao pleno atendimento do interesse público. A propósito, a ilustrar essa questão, interessante caso é exposto pela professora Suzana Tavares da Silva (SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890>. Acesso em: 20 Mar. 2019, p. 533), materializado no julgamento do Supremo Tribunal Administrativo, em 06/03/2007, no Proc. N.01143/06, sobre a decisão administrativa de encerramento de blocos de partos em maternidades, em que concluiu pela impossibilidade de controle judicial do ato administrativo em respeito ao princípio da separação de poderes. Sobre a decisão, embora a mencionada autora reconheça que ao Tribunal não compete controlar a política pública (redução da mortalidade infantil), lança dúvidas sobre a razão para se vedar o controle de meios e resultados, a saber se as medidas se adequam a cumprir os fins estatais, que, no caso, poderia se pautar em parâmetros internacionais a que Portugal se tenha vinculado, para efeitos de ponderação da proporcionalidade da medida.

¹⁷ O professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais)**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 135), após considerar que o controle de economicidade resulta em controle de legalidade, haja vista a normatividade dos princípios de boa gestão e eficiência, entende que é vedado o controle judicial sobre as ponderações de mérito (juízo político ou conveniência) das atuações autárquicas.

¹⁸ Essas três perspectivas das despesas públicas guardam sintonia com suas características ou faces, pois que, em linhas gerais, tratam-se de “recursos financeiros estatais (econômica), destinados a satisfazer e atender às necessidades coletivas identificadas pelo respectivo governo (política), cuja aplicação deverá ser devidamente autorizada pela lei orçamentária (jurídica)” (Cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 200).

jurídico em sentido estrito – na concretização da despesa pública, que chama a atenção da presente investigação, perspectivando conferir grau de objetividade e delimitação jurídica à conformação do gasto público com o ordenamento jurídico: a despesa pública é lícita se atender apenas à legalidade formal? A despesa pública politicamente inadequada e economicamente ineficiente pode ser admitida como lícita? A ineficiência despesista é passível de controle judicial (espaço de justiciabilidade)? A decisão judicial pode se sobrepor à discricionariedade administrativa de gasto? Há limites no controle de juridicidade da despesa pública? É possível corrigir deficiências administrativas substanciais sem atentar contra a separação de poderes?

Esse conjunto de questionamentos decorre da inegável transformação, ao longo do século XX, do princípio da legalidade no direito público¹⁹, que não mais se conforma com a simples subordinação da Administração Pública à lei. Torna-se cogente, pois, a observância do bloco de juridicidade, que contempla o respeito do gestor público à pluralidade normativa, extraída da atuação estatal (Constituição e legislação), transnacional (Direito europeu e internacional) e jurídica (construção hermenêutica principiológica), mas sem olvidar que ao gestor público deve ser assegurado percurso sólido e plenamente conhecido para o desenvolvimento de suas atividades.

O caminho multifacetado das respostas aos problemas levantados faz inafastável parada na reflexão sobre o papel dos juízes no Estado constitucional e de sua postura diante das balizas normativas, cuja tensão mais crítica passou a ser negativamente designada de “ativismo judicial”, que vem se acentuado no cenário de maximização da normatividade aberta da Constituição, especialmente pela abertura e vagueza dos princípios constitucionais que norteiam o agir administrativo em choque com a necessidade crescente de resistemização do Direito, que não pode se resumir ao conjunto de valores extraídos da atividade de interpretação.

Pretende-se, pois, densificar a conformação jurídica do princípio da eficiência no ato administrativo discricionário de efetivação da despesa pública, para, assim, a um só tempo, estabelecer parâmetros de sindicabilidade e contribuir para a construção da teoria do ato administrativo despesista a balizar a atuação do gestor público em sintonia com a normatividade jurídica.

Todas essas reflexões constituem o móvel da pesquisa, que, ao final, finda por lucubrar a real dimensão do Estado e do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no saneamento das finanças públicas, resultando no afastamento da despesa pública da penumbra política e

¹⁹ Sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 123-135; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 49-54.

econômica que sempre tornou difícil a visualização de seus aspectos jurídicos substanciais, democratizando, pois, o acesso ao conteúdo dos metadados do *déficit* das finanças públicas.

A seguir esse percurso, observou-se a exigência de maior rigor metodológico na análise dos conceitos ou fenômenos interdisciplinares, justamente a impedir que a investigação acabasse por desenvolver percursos rizomáticos, sem linearidade científica e conclusão final.

Por isso, embora o estudo das despesas públicas permita considerações plúrimas, importante estabelecer que a análise aqui proposta se firma em aspectos exclusivamente jurídicos (base jurídica normativista), sem buscar discorrer sobre causas, condicionantes ou reflexos das despesas públicas que não guardem relação com a compreensão jurídica. Isso não quer dizer, entretanto, que elementos estranhos ao Direito não sejam considerados, mas, somente o serão se encontrarem ressonância jurídica, ainda que tenham natureza econômica ou política.

Então, para assim se desenvolver, apoiou-se a investigação em pesquisa bibliográfica sobre a efetivação da despesa pública e sua associação com a discricionariedade administrativa e o princípio da eficiência, buscando compreender como os conceitos e problemas observados têm sido tratados na doutrina, relacionando-os com os aspectos de entroncamento jurídico, político e econômico. Não menos importante, buscou-se análise da legislação constitucional e infraconstitucional dos Estados analisados (Brasil, Portugal e Espanha) sobre a autorização e execução das despesas públicas, notadamente acerca dos parâmetros de controle do ato administrativo despesista e de sua eficiência em adequação ao interesse público. Ainda no levantamento das informações, procedeu-se à pesquisa jurisprudencial acerca do papel e da posição dos Tribunais (notadamente, Tribunais Constitucionais e Tribunais de Contas) no controle de juridicidade da eficiência do gasto público. Por fim, promoveu-se o encontro da eficiência com a legalidade, estabelecendo-se o adequado enquadramento da exigência de padrões de performance da despesa pública no plano da vinculação da Administração à juridicidade administrativa.

Todas essas técnicas foram consideradas para, com amparo no método indutivo, construir uma percepção mais ampla e profunda da conformação jurídica da despesa pública, e, assim, encorajar-se a suscitar novas reflexões, em um círculo que projeta o não esgotamento do debate proposto.

Além disso, apesar da constante multirreferência aos sistemas jurídicos estudados, adotou-se o método comparativo, especificamente na análise sobre os limites do controle

jurisdicional da discricionariedade administrativa, buscando realizar microcomparação dos ordenamentos jurídicos do Brasil, Portugal e Espanha, viabilizando-se, assim, sobretudo, perspectiva de nova orientação hermenêutica.

Assim, o trabalho foi estruturado a explicar, em um primeiro momento, como o Estado se legitima e funciona na busca pelo bem comum e na prossecução do interesse público, para, então, projetar esse propósito a um aspecto muito particular de sua atuação, concernente ao funcionamento administrativo necessário à efetivação da despesa pública. A partir daí, expôs-se a constituição analítica da despesa pública, para decompô-la nas suas diferentes dimensões políticas, econômicas e jurídicas. Abstrairam-se, pois, elementos extrajurídicos sem relevância jurídica, para aprofundar naqueles que se aproximavam da perspectiva de Direito, razão pela qual se justifica o devido tratamento ao conteúdo da discricionariedade administrativa despesista (aspecto político-jurídico da despesa) e da eficiência na escolha pública despesista (aspecto jurídico-econômico da despesa). Ao fim, houve o encontro de todos os elementos observados (Estado, bem comum, interesse público, Administração pública, despesa pública, discricionariedade administrativa, eficiência, controle jurisdicional) a confluir ao sentido normativo de juridicidade, de onde, então, extraiu-se o substrato de conformação jurídica da despesa pública.

A se alcançar o desenvolvimento desse conteúdo, estruturou-se a tese em cinco capítulos, todos interligados e que acabavam se justificando reciprocamente, tudo com o intuito de não perder de vista a essência da tese, que consiste justamente em extrair o sentido jurídico da despesa pública. No primeiro capítulo, abordou-se o conceito de Estado, sua formação e fundamento de legitimidade, especialmente na busca pelo “bem comum”, para, então, tratar da sua densificação na construção dos parâmetros de prossecução do interesse público, a revelar, inclusive, o necessário distanciamento da tutela dos interesses puramente privados e da dificuldade para se alcançar esse intento. No segundo capítulo, o texto seguiu a tratar de uma das facetas do Estado, que consiste na execução da despesa pública, mais detidamente acerca de sua composição tridimensional (política, econômica e jurídica), pelo que, seccionando-a analiticamente, tratou da legitimação democrática na definição de políticas públicas, dos contributos econômicos da melhor performance despesista e dos aspectos jurídicos do agir administrativo despesista. A seguir, no terceiro capítulo, promoveu-se a densificação do conteúdo político-jurídico da despesa pública, centrada na discricionariedade administrativa, e sua perspectiva de autonomia e controle no Estado Democrático de Direito, especialmente versando sobre o papel dos tribunais na conformação da discricionariedade administrativa.

Para isso, à melhor compreensão do alcance do controle jurídico, considerou-se a necessidade de analisar os limites da intervenção jurisdicional, traçando-se linhas comparativas entre Brasil, Portugal e Espanha. Do mesmo modo, no quarto capítulo, densificou-se o aspecto jurídico-econômico da despesa pública, voltando sua análise à aplicação do princípio da eficiência como densificação do ideal de interesse público, notadamente na visão extraída a partir de julgados do Tribunal Constitucional e Tribunal de Contas do Brasil, Portugal e Espanha. Por fim, no quinto e último capítulo, abordou-se a juridicidade da despesa pública, a evidenciar a importância da formação legal para interpretação e sentido normativo, bem como para estabelecer limites e condicionantes jurídicos da despesa pública a partir de releitura do princípio da legalidade.

São esses pontos entrelaçados, absolutamente relevantes e atuais, que se dedica a analisar nas páginas seguintes.

CAPÍTULO I. ESTADO E DIMENSÃO PÚBLICA

1. A formação e legitimação do Estado: em busca do “bem comum”

A decisão fundamental humana de viver em sociedade e de se sujeitar à ficção jurídica estatal firmou alicerce necessário para formação e solidificação do Estado, como foi concebido e como se apresenta em momentos mais atuais, nada obstante as mutações e desgastes a que foi submetido. Evoluções e involuções à parte, ignoradas as críticas e paixões, o Estado firmou-se como presença incontestante na vida individual e coletiva da sociedade. Tal evidência está a considerar que, invocado ou não, oportuno ou não, o Estado está presente na vida das pessoas, cada vez mais expandindo seu alcance normativo e prestacional sobre aspectos mais privados e íntimos do indivíduo.

Sem propor, neste momento, qualquer juízo de valor sobre os limites da atuação estatal, impõe reconhecer seu atual protagonismo na vida em sociedade, notadamente como garantidor da estabilização das relações jurídicas e concretização dos direitos fundamentais²⁰.

É nessa perspectiva que qualquer avanço reflexivo ou meditação séria sobre a relação do Estado com a sociedade impõe a análise retrospectiva, embora não exauriente, sobre as bases fundamentais de sua formação, para, assim, projetar juízo prospectivo e, em seguida, comparar com o atual estágio de funcionamento estatal, construindo valores necessários e indispensáveis para legitimação do Estado.

Parte-se, pois, dos primórdios da civilização humana, momento em que o indivíduo se percebe como ser social e passa a viver em grupo, potencializando a satisfação das necessidades humanas. Esse estágio evolutivo é importante, porque passa a descortinar a desconstrução do isolamento individual²¹ como passo imprescindível a intuir a reciprocidade

²⁰ Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68-69. Válido destacar, nesse sentido, o percurso evolutivo da atuação estatal: “o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio” (*ibid.*, p. 68).

²¹ O ponto de partida, obviamente, considera a superação do individualismo primitivo, em que o homem buscava satisfazer diretamente suas carências. Com a vida em comunidade, essas tarefas são repartidas e exercidas diretamente entre seus membros, prescindindo, pois, da exigência de captação de recursos para a prestação de serviços. Nesse sentido, destaca-se oportuna distinção antropológica histórica afirmada por PIO BALLESTEROS ÁLAVA (cfr.: BALLESTEROS ÁLAVA, Pio. **Manual de Hacienda Publica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 84) em relação às funções dos indivíduos na busca pelo atendimento de suas próprias necessidades em consideração com o fundamento para seu alcance: “*en una comunidad rudimentaria, una tribu de cazadores, por ejemplo, los guerreros viven obligados a presentarse de debidamente equipados de armas y víveres cuando son requeridos para defender el territorio; con lo cual se da*

e esforço de solidariedade, mediante divisão do trabalho, como aspectos fundamentais para formação do Estado primígeno.

O indivíduo, pois, deixa de viver sozinho, para, sendo ser social, viver em comunidade, com busca de maximização do atendimento das necessidades humanas. Surgem, nesse momento, os primeiros traços de alteridade, em que se percebe que o olhar ao outro significa o fortalecimento da coletividade.

Esse agrupamento coletivo, para alguns estudiosos, revela-se essencial à vida humana, haja vista que o indivíduo não nasceu para o isolamento. É assim que ARISTÓTELES denomina o homem de “animal político”, não autossuficiente e com tendência natural à associação, concluindo que o indivíduo “que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita viver nela porque se basta a si mesmo, não faz parte da Cidade; por conseguinte, deve ser uma besta ou um deus”²². Tem-se a teoria naturalista da origem do agrupamento social, segundo a qual a vida em comunidade decorre de condição inata ao ser humano e se impõe per se.

Para além dos imperativos sócio-naturais, a vida em grupo também se motiva – aqui ganha destaque no trabalho – pela orientação racional, finalística e voluntária da busca pela satisfação das condições para o pleno desenvolvimento da vida individual. Evidencia-se a teoria contratualista da formação coletiva²³, que se justifica a partir de um ajuste de vontades, motivado por interesses materiais.

Relevando-se o aprofundamento do debate sobre a origem das sociedades, fato é que a vida em comunidade se revelou passo fundamental para o processo evolutivo do Estado.

Isso porque, com o transcurso do tempo, a vida coletiva simples apresenta traços de fissura e enfraquecimento, porque a comunidade, enquanto sociedade primária derivada de fatores elementares de sociabilidade²⁴, não representava mais os interesses do indivíduo,

el caso, dice BASTABLE, de coincidir el gasto y el ingreso: el miembro de la tribu a la vez satisface el impuesto y realiza el servicio público. En el moderno Estado civilizado se da el caso diametralmente opuesto: se atende a las necesidades públicas mediante compra de artículos y contratación de trabajo humano; y para efectuar estas transacciones ha sido preciso que previamente logre el Estado la posición de ingresos públicos”.

²² Cfr.: ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 30-31.

²³ É bem verdade que a doutrina clássica confere mais destaque à teoria contratualista na formação e legitimação do Estado, quando a manifestação humana fica ainda mais evidente, porque se vai além da mera reunião social permanente, para alcançar a criação da ficção jurídico-política estatal. Isso não quer significar que aspectos contratuais implícitos e indiciários não estivessem presentes na formação da vida em comunidade, porquanto essa composição, para além de movida pelo impulso natural, justificava-se pela racionalidade da escolha a fim de ampliar o atendimento das carências humanas.

²⁴ Cfr.: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 06. Segundo o mencionado autor, contextualizando a formação da sociedade política, “a necessidade de superar tantas diferenças e hostilidades levou os homens a conceber grupos mais amplos que abrangessem as sociedades primárias criando entre elas possibilidades de colaboração mediante a subordinação obrigatória a deveres comuns, o reconhecimento de direitos recíprocos e portanto o acatamento de

sendo incapaz de gerar paz social, estabelecer a ordem e satisfazer as infinitas e variáveis necessidades humanas.

Não se ignorando correntes doutrinárias variadas, com a superação do modelo de sociedade primária, mediante imperativo de racionalização dos interesses e de imposição de poder político, descortina-se a formação das sociedades políticas, em que prevalece a coletivização dos interesses particulares e a orientação das vontades individuais em direção comum²⁵.

É nesse cenário que emerge a formação e surgimento do Estado²⁶, apresentando-se como ente aglutinador e supridor das necessidades humanas, garantindo a ordem e a viabilidade da vida em sociedade. Como destaca JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA²⁷, manifesta-se nesse ponto a relevância do papel da autoridade, pois, “*numa coletividade, a cooperação só se torna efetiva quando alguém pode decidir e suas decisões são acatadas pelos demais*”.

Aqui, a se evitar desvio no raciocínio construído, não se pretende incursionar, neste momento, pelo vasto material acerca do conceito de Estado²⁸. Apenas, registra-se a visão mais tradicional da concepção inicial estatal, compreendendo, com alguma pequena variação, como sociedade política territorial, em que o poder político se apresenta instrumentalizado e

regras gerais de conduta. Esta sociedade complexa, que torna possível a *convivência jurídica* entre os membros de muitas sociedades primárias graças a um *direito comum* a todos eles, é que se chama de sociedade política. Acima dos interesses particulares ou restritos dos grupos sociais primários afirma-se, assim, a existencia de um interesse geral superior a todos os outros: *res-publica*” (*ibid.*, p. 06-07).

²⁵ Cfr.: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 08-09.

²⁶ Sobre a formação do Estado, cfr.: ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Antonio Cabral de Mocada. 2 Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984; JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. 2 ed. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000; BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. **The Theory of the State**. Oxford: Clarendon Press: 1895; KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Não se desconsidera a observação de LAWRENCE KRADER (cfr.: KRADER, Lawrence. **A Formação do Estado**. Trad. Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 14), no sentido de observar a dinamicidade, complexidade e variedade do processo de formação do Estado, pois ele “se desenvolveu em muitos lugares e épocas, e sob condições diversas, possuindo a formação social, que assim surgiu, muitas variações”. No entanto, toma-se de empréstimo as palavras do referido autor, para manter o foco na descrição evolutiva aqui adotada, porquanto “[e]mbora os Estados tenham tomado muitas formas, todos possuem certos traços em comum. Êsses traços, ainda que sob origens e circunstâncias diversas, surgem das respostas que o Estado fornece às mesmas e repetidas questões a respeito do Govêrno de amplos e complexos grupos de indivíduos” (*ibid.* p. 14).

²⁷ Cfr. SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à teoria do Estado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 02. Nesses termos, exige-se do Estado, a conferir-lhe legitimidade, “*a garantia de um clima de ordem, justiça, harmonia e prosperidade, indispensável para que os homens venham a lograr sua felicidade temporal com o máximo de segurança*” (*ibid.* p. 04-05). Assenta-se, pois, o reconhecimento do fundamento de existência do Estado calado no estabelecimento de ordem e segurança jurídicas (função típica e exclusiva estatal), bem como o fornecimento de utilidades materiais para o atingimento das necessidades públicas (função coadjuvada com a iniciativa privada).

²⁸ Mesmo porque, conforme adverte a doutrina, o conceito de Estado envolve significação demasiadamente larga, envolvendo reflexões plurais no âmbito sociológico, filosófico, jurídico e político (cfr. FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38).

despersonalizado, voltado ao interesse geral da coletividade²⁹. O recorte aqui efetivado não ignora que a visão da formação, conceituação e legitimação do Estado não coincide ao longo do processo evolutivo histórico, notadamente, considerando-se essa formação política moderna. Entretanto, mesmo no decorrer das distinções conceituais, permanecem presentes, com alguma reflexão mais recente, os traços elementares de sua formação: povo, território, poder político e finalidade.

É bem verdade que parte da doutrina não apresenta a finalidade como traço característico do Estado³⁰. No entanto, pautando-se na visão teleológica do Estado, sua finalidade se apresenta elemento central para sua compreensão e caracterização, afinal, sendo ente instrumental, é a finalidade que, em verdade, legitima a sua existência, de modo que ignorá-la significaria retirar sentido da ficção político-jurídica, com esvaziamento da legitimidade da autoridade que a promove eficientemente³¹. Compreende-se, pois, “o Estado como uma entidade de fins precisos e determinados: regular globalmente em todos os seus aspectos, a vida social de dada comunidade”³².

Percebida a relevância dos elementos constitutivos do Estado, cujo aprofundamento, como dito, não constitui objeto deste trabalho, observa-se nos fins do Estado o ponto de maior reflexão para a construção da ideia aqui projetada³³: o que legitima e confere sentido à existência do Estado? Qual a finalidade precípua de sua atuação?

²⁹ Cfr.: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 122. Tem-se, pois, o interesse público como “razão do Estado” (HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 26-27).

³⁰ Nesse sentido, cfr.: KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 299, que compreende a *finalidade* como aspecto político e que, portanto, não compõe a formação conceitual do Estado, acabando por reduzir seu conceito a um “sistema de normas”, de modo que seu estudo significaria conjunto de reflexões sobre problemas e de formação da ordem jurídica. Em contraposição, apresentando crítica à teoria reducionista de Kelsen, cfr. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 155-157.

³¹ Cfr.: GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Política e Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 111. O autor justifica essa conclusão: “*um poder legítimo na origem pode ilegítimar-se se o seu detentor não mais procura o bem comum, mas sim o próprio. A razão de ser da autoridade é a realização do bem dos súditos. (...) O poder legítimo é, pois, o poder limitado pelo fim que constitui a sua razão de ser. Usar o poder de forma a não promover o bem comum, a satisfazer o bem próprio, tal é exatamente o sentido o que caracteriza a tirania, seja tirania, no sentido estrito, ou abuso do poder pelo príncipe, seja a oligarquia ou “a democracia” da linguagem aristotélica: abuso do poder por um grupo ou pelo povo*” (ibid., p. 111-112).

³² Cfr.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38. Referido autor, com amparo na doutrina de Alexandre Groppali (GROPPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmar de Souza Queiroz, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 123 e ss); Giorgio Balladore Pallieri (PALLIERI, Giorgio Baladore. **Diritto Costituzionale**, 4 ed. Milão: Giuffrè Editore, 1955, p. 10 e ss); e Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 64 a 104), admite essa ideia de “ordenação” enquanto institucionalização do poder estatal, visando à realização do bem comum.

³³ Ainda que não se adote a *finalidade do Estado* como elemento característico de sua concepção, segue-se sua relevância para compreensão do fenômeno, na linha do que sustentado por Georg Jellinek (JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. 2 ed. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 237).

Não se olvida que, conforme já destacado, essa formação política deve assegurar a consecução da segurança à sociedade, interna e externa, mediante imposição de obediência às normas jurídicas estabelecidas e da defesa da soberania.

Mas, não apenas isso: sendo o indivíduo e a vida humana o sustentáculo da vida em sociedade, atribui-se ao Estado a missão de promover o “bem comum”, sendo essa finalidade destacada como traço característico típico da formação estatal³⁴. Conforme sustenta MARCELLO CAETANO³⁵, ainda que cambiante a intensidade da relevância reconhecida, incumbe ao poder político promover a satisfação das necessidades de ordem espiritual ou material da coletividade.

É justamente essa ideia de “bem comum” a ser perseguida pelo Estado que se apresenta como ponto de partida e móvel do presente trabalho, consubstanciando-se, pois, na referência que perpassará por todos os temas abordados na tese, apresentando-se como conceito em constante transformação e de complexa precisão. Compreender o seu conteúdo, limites e condicionantes atuais³⁶ é passo fundamental para perceber os contornos que o definem e para projetar adequados ângulos de observação do que, mais adiante, será apresentado como conteúdo do interesse público.

Essa ideia acaba por se apresentar como fundamental à compreensão do Estado e do funcionamento da máquina pública, porque, se for possível conceituar universalmente, com traços característicos tendentes à objetivação, o interesse público, passa a ser sindicável o ato administrativo que o tenha no horizonte.

Antes de avançar, porém, importante realçar o debate sobre a equivalência ontológica entre “bem comum” e interesse público. Não há univocidade no tema. Destacam-se na

³⁴ Esse destaque é conferido por Aristóteles logo no início de sua obra “Política” (ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 27), destacando que a cidade (no sentido da pólis grega - cidade-estado ou Estado), assim como toda associação humana (que sempre age visando a algo), sempre se orienta pela busca à maior vantagem possível: o bem mais alto entre todos.

³⁵ Cfr.: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2012, p. 147. Como já destacado, para o citado autor a orientação político-econômica estatal definirá o grau e intensidade da concretização do bem-estar coletivo. Naturalmente, por exemplo, Estado Liberal e Estado Social, pelos extremos que representam, apresentam diferentes expressões da atuação do Estado na consecução do interesse comum (ibid., p. 148).

³⁶ Aqui, calha observar a advertência da professora MARIA DA GLÓRIA GARCIA (GARCIA, Maria da Glória. Despertar para o bem comum! In: PATO, João; SCHMIDT, Luísa; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Bem comum: público e/ou privado?** Lisboa: ICS, 2013. Disponível em: < https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. acesso em 29 set. 2020. P 43-54) para a necessidade de retomar a ideia adormecida de bem comum, como medida indispensável para se “recuperar a continuidade histórica do nosso viver em sociedade jurídico-política, com os contributos civilizacionais que o tempo longo lhe foi acrescentando” (ibid., p. 52), sobretudo, em um contexto marcado por individualismo, pela globalização e crescente evolução tecnológica.

doutrina, basicamente, duas correntes sobre as expressões³⁷: uma que percebe identidade de significado entre “bem comum” e interesse público, apresentando-se ambas como “razão de Estado”, diferindo apenas quanto a preferência de aplicação circunstancial - enquanto o “bem comum” seria termo mais adotado por cientistas políticos para se referirem ao funcionamento do Estado, o interesse público revelaria gosto de juristas para se referir ao desenvolvimento da Administração Pública; outra, que, em síntese, entende o interesse público qualificado como expressão do “bem comum”.

Por ora, abstrai-se a discussão indicada, porquanto não há dúvida de que a ideia de “bem comum” precede à sua concepção jurídica, que mais se aproxima do interesse público. Firma-se, assim, o ponto de partida.

Pensar em “bem comum”, pois, justifica a reflexão, em um primeiro momento, da sua própria significação³⁸, para, então, compreender porque a expressão funciona como alicerce legitimador do Estado.

Importante destacar que, não obstante a busca pela racionalização de interesses tenha movido a atitude política estatal, somente a partir dos pensamentos da antiguidade clássica, são construídas as bases teóricas políticas para desenvolvimento de vida digna e de bom governo.³⁹

Por essa razão, revisitar os antecedentes do pensamento político sobre o “bem comum” permite a compreensão dos seus contornos contemporâneos, notadamente porque, a partir da antiguidade greco-romana, despontaram importantes debates em torno do “bem comum” e da distinção entre interesses gerais e interesses individuais⁴⁰, estabelecendo-se,

³⁷ Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37-38). O autor refere debate na doutrina alemã e brasileira. Traz, ainda, outras duas posições presentes na doutrina anglo-americana, que agregam reflexão histórica à análise das expressões.

³⁸ Isso é importante porque há expressões que são atualmente utilizadas sem nenhum compromisso com a delimitação de seu conteúdo. São expressões que vão se reproduzindo quase como refrão de uma canção, sem qualquer juízo de valor sobre seu exato significado. É nesse contexto que se vulgarizou, sobretudo nos estudos iniciais da ciência política, o tratamento do “bem comum” como simples finalidade do estado, traço caracterizador dessa ficção institucional, sem qualquer outra análise mais aprofundada. Como bem observa MARTIN HAEBERLIN (HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 25), cientistas sociais e políticos dispensam-lhe atenção tangente, preferindo “estudar os problemas associados ao bem comum a entender o bem comum. Uma ontologia do conceito parece aceita aprioristicamente como quimera e, nessa qualidade, intocável”.

³⁹ Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12: “A experiência grega ocorrida entre os séculos IV a VI a.C. foi decisiva para que Platão e Aristóteles pudessem compreender a finitude de um aspecto particular da existência humana: a convivência plural entre os homens é regida por diversidades e dramáticos entrecioques de interesses. A partir da reflexão acerca desta peculiar situação histórico-social foi construída a política como racional abstração acerca do conflito coletivo humano.”

⁴⁰ Cfr.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.).

assim, “como raiz política ancestral e núcleo originário do moderno conceito jurídico de interesse público”⁴¹.

Historicamente, não houve univocidade semântica, porque a vagueza do que pode ser tido como “bem” e a pluralidade das naturezas das reflexões tornam sua percepção complexa e fluida. Afinal, o que é “bem” e que ainda pode ser adjetivado de “comum”?⁴²

Na Antiguidade Clássica grega, tem-se nas ideias de ARISTÓTELES e PLATÃO a virtuosidade da expressão, que se apresentava como valor perseguido na vida política da sociedade, desenvolvida na *pólis*, que não era apenas o local de desenvolvimento da vida cotidiana, mas o espaço adequado para o exercício da plenitude das potencialidades humanas. Àquela época, a ideia de liberdade despontava característica fundamental da *pólis* grega, que consistia em não ser submetido à esfera de vontade de outrem (escravo) e na possibilidade de participar ativamente da vida política da *pólis*. Com efeito, “a *pólis* representava, como modelo ideal de agrupamento humano, algo mais do que uma forma possível de organização: era uma dádiva divina que possibilitava conferir sentido à individualidade à existência humana”⁴³. Como observa JOSÉ SERGIO DA SILVA CRISTOVAM ⁴⁴, ao cidadão grego, atribuíam-se duas esferas de participação social: a privada, no âmbito das relações familiares e patrimoniais (*oíkos*); e a pública, dimensão em que o indivíduo se completava como

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86.

⁴¹ Cfr.: CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508> >. acesso em 31 out. 2020, p. 110.

⁴² Sobre a importância de melhor conhecer a ideia do bem, destaca-se trecho da obra platônica “A República” (PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 347): “*Quem não for capaz de determinar conceitualmente a idéia do bem e separá-la das demais ideias, e não souber abrir caminho, como num prédio renhido, pelo meio de um mundo de objeções, decidindo a assentar suas provas, não na opinião, porém na própria essência das coisas, e não resolver todas as dificuldades com explicações irrefutáveis, de semelhante indivíduo não dirás que conhece o bem em si ou qualquer outro bem, pois até mesmo o caso de chegar a alcançar uma espécie de simulacro do bem, só o fará por meio da opinião, não do conhecimento, não passando sua vida de um sonho e modorra contínuos, sem que jamais venha a despertar de tudo aqui na terra; antes disso baixará para o Hades e dormirá no sono eterno.*”

⁴³ Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14. Destaca-se, ainda: “apenas aos homens livres pertencia o direito de escolha de uma vida digna: a vida voltada aos prazeres do corpo – onde o belo é consumido tal como é dado; a vida dedicada aos assuntos da *pólis* – atividade que por excelência produz belos efeitos; e a vida de filósofo – dedicada à contemplação e investigação das coisas eternas, cuja beleza não poderia ser alterada nem pela produção nem pelo consumo humano” (*ibid.*, p. 13).

⁴⁴ Cfr. CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508> >. Acesso em 31 out. 2020, p. 111

cidadão, justamente porque exercia as virtudes políticas, debatendo questões fundamentais de interesse da pólis⁴⁵.

São justamente esses debates políticos, em torno do bom governo e da sociedade equilibrada na pólis, que permitiram a evolução do conceito de “bem comum”.

Platão⁴⁶ considerava a ideia do “bem comum” como elemento central para a vida coletiva, sendo incumbência imprescindível do governo para assegurar a aptidão natural de cada indivíduo. Tinha-se a formação da cidade justa e hierarquizada em classes sociais⁴⁷, um espaço ideal em que sábios governavam⁴⁸ (sofocracia), em que, a partir da restrição da liberdade individual, cada um podia dar o melhor de si⁴⁹. Interessante observar que Platão rechaçava o modelo político democrático, sustentando, como modelo ideal, a necessidade de uma oligarquia de “sábios esclarecidos”, *“pois o mérito para exercer o poder não seria decorrente da condição de nascimento, nem tampouco por aptidões pessoais, mas por uma virtude adquirida por meio do conhecimento científico”*⁵⁰.

⁴⁵ Por essa razão, Aristóteles considera o ser humano como “animal político” traço que o distingue dos demais animais, justamente pela sua capacidade/necessidade de se envolver nas questões que interessam à sociedade. Segundo sua percepção política, *“o homem que, por sua natureza e não por mero acidente, não tivesse sua existência na cidade seria um ser vil, superior ou inferior ao homem. Tal indivíduo, segundo Homero, ‘é um ser sem lar, sem família, sem leis’ (ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 30-31). No mesmo sentido, cfr. SOUSA, José Pedro Galvão de. Iniciação à teoria do Estado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 01-02.*

⁴⁶ Obviamente, não se tem aqui a pretensão de esgotar ou dar conhecimento das profundas discussões sobre a obra platônica. Presta-se, pois, a presente análise apenas a lançar luzes sobre o tema, apresentando traços centrais de suas ideias. Válida, portanto, a advertência de Jayme Paviani (PAVIANI, Jayme. A ideia de bem em Platão. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, p. 68-82, Jan-Abr. 2012, p. 75). Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1527>>. Acesso em 12 out. 2020): *“As interpretações do texto platônico são numerosas e contraditórias. Apesar da imensidade de estudos platônicos, muitos pontos são obscuros e polêmicos. Por isso, um exame minucioso da questão do bem requer a leitura de toda sua obra, uma leitura dos detalhes linguísticos, um levantamento das principais recepções de sua filosofia no passado e no presente, um retorno à cultura e à sociedade da época de Platão, além do exame da questão ética do bem na perspectiva da contemporaneidade. Todos esses aspectos exigem tempo e rigor científico.”*

⁴⁷ A estrutura da cidade ideal, portanto, seria formada por três classes sociais: os lavradores, artesãos e comerciantes; os guardas; e governantes, que contribuiriam para a cidade perfeita, cada um a seu modo, “em que predomina a temperança na primeira classe social, a fortaleza ou a coragem na segunda e a sabedoria na terceira” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 163-165).

⁴⁸ Somente com a união do poder político com o conhecimento filosófico, que os governantes conseguem afastar os males da cidade, proporcionando felicidade, pública e particular. Cfr.: PLATÃO. **República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 264.

⁴⁹ GARCIA, Maria da Glória. Despertar para o bem comum! In: PATO, João; SCHMIDT, Luísa; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Bem comum: público e/ou privado?** Lisboa: ICS, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. acesso em 29 set. 2020. No mesmo sentido, cfr.: CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508>>. acesso em 31 out. 2020, p. 112.

⁵⁰ Cfr. LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26.

Seguindo esse pensamento, pois, o pensamento platônico defendia que somente o político com formação filosófica reuniria as condições necessárias para participar da construção da cidade ideal, fundada nos valores da justiça e do bem⁵¹.

Nessa perspectiva, Platão se mostrava resistente à formação política pautada em elementos pragmáticos (paixões, opiniões e instintos⁵²), observando a importância de elevados valores éticos, filosóficos e políticos para o ideal governo da pólis (*Politéia*).

Desse modo, o pensamento platônico se fundamenta na ideia de elevação da ciência política, aspiração imbrincada de educação, moral e filosofia, como sustentação do “Bem Comum” para a construção de uma cidade ideal, edificada “*a partir de um modelo de vida terrena que remetia inexoravelmente a princípios metafísicos – modelo idealista de reflexão filosófica fundado nos chamados ‘primeiros princípios’*”⁵³.

Como se percebe, Platão, apesar de invocar em seus textos o permanente despertar para importância do bem, acaba por não o conceituar precisamente, não fixando, assim, metodologia abstrata de conduta a ser seguida para a construção do bem⁵⁴. Atribui-se-lhe,

⁵¹ Cfr.: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 162). Como sustentam os autores, essa percepção de Platão decorre de sua experiência pessoal, porquanto teve primeiro contato com a filosofia justamente para se preparar para a vida política, não obstante, como se sabe, tenha findado por seguir o conhecimento filosófico para além da simples capacitação e formação para o exercício da atividade política (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p.125).

⁵² Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22. Bem ilustra essa posição platônica, o trecho da obra “A República” (PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 290), em que o filósofo dispara: “*que todos esses mercenários particulares que o povo denomina sofistas e considera seus concorrentes, outra coisa não ensinam senão a doutrina defendida pela maioria em suas assembleias e a que dão o nome de sabedoria*”.

⁵³ Cfr.: CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508> >. acesso em 31 out. 2020, p. 112.

⁵⁴ Conforme observa Jayme Paviani (PAVIANI, Jayme. A ideia de bem em Platão. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, p. 68-82, jan-abr. 2012, p. 73. Disponível em: < <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1527> >. Acesso em 12 out. 2020: “A dificuldade de falar do bem também é anunciada na Carta Sétima e no Timeu, ao declarar que ele não possui método adequado para explicar o princípio ou os princípios de tudo. (48c). Não se trata, pois, de definir o bem, mas apenas de fazer comparações, dizê-lo metaforicamente, propô-lo como paradigma. Só dessa maneira é possível concebê-lo em seu estado transcendente. Melhor dito, trata-se de expressá-lo indiretamente, de apontá-lo como pressuposto ou fundamento da vida e da pólis harmoniosa e justa”. Ainda, destaca-se: “sobre esse princípio incondicionado e absoluto, situado além do ser e do qual derivam todas as ideias, Platão nada mais escreveu nos diálogos, reservando o que tinha para dizer às suas exposições orais, ou seja, às lições que possuíam exatamente o título *Sobre o Bem*” (Cfr.: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 140).

pois, à essa compreensão, uma “experiência de formação à alma”⁵⁵, que somente pode ser apreendida a partir do conhecimento epistemológico.

É por essa razão, como adverte JAYME PAVIANI⁵⁶, que, “sem consciência dessa transcendência, não se pode entender a ética platônica”. Assim, não raro, PLATÃO se vale de alegorias e metáforas para difundir os valores a serem aspirados. Como exemplo, pode-se citar a descrição platônica do mito da caverna e a metáfora do “bem” comparado ao Sol⁵⁷.

A ilustrar esse pensamento transcendental platônico a revelar a supremacia e intangibilidade da ideia de bem, calha transcrever relevante passagem da obra “A República”⁵⁸:

“Ora, o que comunica a verdade aos objetos conhecidos e ao sujeito cognoscente a faculdade de conhecer, pode-se afirmar que é a idéia do bem; é a fonte primitiva do conhecimento e da verdade, tanto quanto estes podem ser conhecidos; mas, por mais belos que sejam ambos, o conhecimento e a verdade, se admitires que muito mais belo é esse outro elemento – a ideia do bem – terás pensado com acerto. Conhecimento e verdade: assim como há pouco nos foi lícito admitir que a luz e a visão têm analogia com o sol, porém que seria erro identificá-los com ele, agora podemos considerar o conhecimento e a verdade como semelhantes ao bem, sem que nenhum, no entanto, possa ser com ele identificado, pois a natureza do bem deve ser tida em muito maior apreço.”

Essa percepção, no entanto, acabava por se distanciar da realidade (crítica comumente dirigida a Platão), justamente por permanecer no plano ideal, pautado por princípios metafísicos, construindo modelo de bem como Ideia única e universal⁵⁹. Ainda que percebesse

⁵⁵ Cfr.: PAVIANI, Jayme. A ideia de bem em Platão. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, p. 68-82, jan-abr. 2012, p. 71. Disponível em: < <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1527>>. Acesso em 12 out. 2020.

⁵⁶ Cfr.: PAVIANI, Jayme. A ideia de bem em Platão. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, p. 68-82, jan-abr. 2012, p. 71. Disponível em: < <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1527>>. Acesso em 12 out. 2020

⁵⁷ Sobre essas alegorias, cfr. PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 311-313 e 319-322.

⁵⁸ Cfr. PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 313.

⁵⁹ Cfr.: CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508> >. Acesso em 31 out. 2020, p. 112. Destaque-se ainda: “sobre esse princípio incondicionado, situado no vértice, Platão se pronunciou expressamente, embora de forma incompleta, em *A República*, afirmando tratar-se da Idéia do Bem. E do Bem afirmou que não apenas constitui o fundamento que torna as Idéias cognoscíveis e a mente capaz de conhecer, mas que verdadeiramente ‘produz o ser e a substância’ e que o ‘Bem não é substância ou essência, mas situa-se acima da substância’, transcendendo-a em dignidade hierárquica e em poder” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 139-140).

a impossibilidade de determinação do conceito de “bem” a ser seguido pelos indivíduos, Platão se orientava por um ideal de Bem transcendental, que findava por abstrativizá-lo.

Embora partindo das premissas platônicas, Aristóteles trilha caminho distinto, abandonando, aprioristicamente, a definição ideal de bem como referencial transcendental, mas o admite como vetor para construção do bem real e possível, culminando por considerar efetiva a existência de “bens” que variam de acordo com cada indivíduo. O bem ideal, o “bem supremo” - a felicidade (eudaimonia) – não é ignorado, mas, sim, é mirado como referência concreta e não como fim intangível e absoluto. Assim, ARISTÓTELES sustentava que o “bem comum” perseguido é aquele realizável pelo homem e que, portanto, não está sujeito a uma única Ideia⁶⁰.

Desse modo, Aristóteles passa a perceber a existência do bem, enquanto finalidade, em cada ação humana. O bem, portanto, seria alcançado na medida que a finalidade da conduta atingisse o objetivo perseguido, proporcionando, assim, felicidade. Esse termo, com a conotação aristotélica, registre-se, não deve ser compreendido na acepção de senso comum, a partir de experiência sensitiva, mas, como a plena realização das potencialidades do ser.

Daí porque, na visão aristotélica, haveria vários bens a condicionar o agir humano, cada um deles voltado ao objetivo tutelado específico e de acordo com as circunstâncias individuais, o que reforça a conclusão de inexistência de um único “bem”, determinado e absoluto. Como esclarece didaticamente o próprio ARISTÓTELES, abordando o tema com a comparação da atuação do médico com o valor abstrato da busca pela saúde, *“o médico nem parece considerar desse modo a saúde, mas a saúde do homem, ou talvez a de um particular; pois é um indivíduo que ele cura”*⁶¹.

O “Bem Comum”, como máximo bem dos sujeitos, nessa perspectiva, como destaca Norberto Bobbio⁶², seria construído, não pela busca individual do próprio bem, *“mas pela contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum”*, conforme regras estabelecidas pela comunidade ou grupo dirigente.

Não se olvida, entretanto, que, a fim de estabelecer limites às individualidades finalísticas e buscar imprimir referencial comum ao agir humano, Aristóteles considera a

⁶⁰ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 21-24. Destaca-se: *“pois mesmo que exista um bem único, afirmado em comum, ou separável em si e por si, é evidente que não seria algo realizável, nem adquirida pelo homem. Mas é algo de tal tipo que buscado”* (ibid., p. 24).

⁶¹ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 25.

⁶² Cfr.: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. 14. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 25.

existência de uma “Felicidade Universal”, que constituiria o “Bem Supremo”, tão almejado por todos⁶³.

Desse modo, é possível perceber que a conduta humana se apresenta instrumental e voltada para o bem possível de ser alcançado, mas, necessária à plena concretização das potencialidades humanas⁶⁴, sempre se distanciando dos extremos, por excesso ou deficiência – a virtude moral sempre estaria no meio-termo⁶⁵. É justamente nesse ponto que Aristóteles percebe o encontro entre o bom homem e o bom cidadão, entre o bem individual e o “bem comum”, pois é a função do Estado firmar-se como ponto de interseção voltado ao pleno desenvolvimento do cidadão, pautado no modelo de vida com dignidade e felicidade⁶⁶.

Com esse propósito, observando o “bem comum” como finalidade estatal, Aristóteles passa a analisar diferentes formas de governo, constitucionais ou degeneradas, à medida que projetem sua atuação ao atendimento daquela finalidade. De todo modo, repita-se, compreende como forma de governo autêntica e legítima como sendo aquela que, efetivamente, abandonando vontades e anseios particulares, move-se em direção ao “bem comum”⁶⁷.

A questão relevante que despontava, e acaba por estar presente em tempos atuais, compreendia a conclusão de que o Estado não podia servir a interesses particulares,

⁶³ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 25-27.

⁶⁴ Como se verá adiante, Aristóteles confere particular relevância da relação e imbricação na definição de fins e escolhas de meios para a construção do bem, que, por vezes, acabam, desvirtuados pelos vícios do prazer e dos desejos individuais. Segundo o filósofo estagirita (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 72), “o fim, sendo assim objeto de desejo, e os meios para alcançar o fim, objetos de deliberação e de escolha, as ações que dizem respeito a esses meios serão voluntárias e feitas por escolha. Por consequência, a virtude também depende de nós, e igualmente também o vício. De fato, como também depende de nós agirmos, e depende também não agir, e onde depende de nós dizermos não, depende também de nós dizermos sim; de modo que, se agir depende de nós quando a ação é boa, dependerá de nós também não agir quando a ação é vergonhosa, e se não depende de nós agirmos quando é boa, dependerá de nós também agir quando a ação é vergonhosa. Mas se realizar ações boas e vergonhas depende de nós, do mesmo modo também depende o não realizá-las, e se isso significa ser bons ou maus, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos”. E prossegue mais adiante: “o princípio da ação é assim uma escolha – ponto de partida do movimento, e não o fim para que ele tende – e o princípio da escolha é o desejo e a razão dirigida para algum fim. É por isso que a escolha não pode existir nem sem o intelecto e pensamento, nem sem uma disposição moral, pois as boas e as más ações não existem sem pensamento e sem caráter” (ibid., p. 155)

⁶⁵ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 50-51.

⁶⁶ Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 30.

⁶⁷ Cfr.: ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 140-160, inclusive sobre análise minudente dessas formas de governo. Interessante observar que, conforme destaca Ivone F. Morcilo Lixa (LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32), para Aristóteles, o mérito do bom governo estaria presente na medida em que fosse capaz de atender às reivindicações das diferentes classes sociais que integram a *Pólis*.

notadamente pelos pressupostos de seu surgimento e de sua evolução histórica. Com efeito, como concretizar, em termos práticos, o “bem comum” é que se mostrava (ainda atualmente) ponto de elevada complexidade.

Como destaca a doutrina⁶⁸, seguindo os pensamentos de Sócrates e Platão, Aristóteles entendia que o alcance do “bem comum” decorria da correção a respeito da ação (*práxis*), devendo haver a prudente escolha entre os meios e fins pretendidos. Essa racionalização instrumental seria encontrada com a prudência (*phrónesis*), assim entendida como a “disposição racional direcionada para a ação, no sentido de atualização de um bem que permite a escolha dos meios adequados para a realização dos fins eleitos”⁶⁹. Nas palavras do próprio Aristóteles, seria a sabedoria prática, “uma capacidade acompanhada de razão verdadeira, capaz de agir em relação às coisas que são boas e más para o ser humano”⁷⁰.

Com a ideia da racionalidade ou sabedoria prática (*phrónesis*), estabelece-se, pois, a conexão entre escolhas individuais livres (*proáíresis*) e “bem comum”, firmando compromisso ético ao comportamento político de cada cidadão, findando por orientar a própria atuação do Estado, que também deve se pautar na prudência para deliberação de suas escolhas voltadas ao “bem comum”.

Essas considerações em torno dos pensadores da antiguidade clássica grega, absolutamente adequada para os tempos atuais, para além de terem significado profunda contribuição para a busca do modelo político ideal e justo, servem, como dito, de ponto de partida para o conjunto de reflexões sistemáticas expostos neste trabalho. Se, por um lado, PLATÃO demonstrou a relevância da *epistéme* para a sociedade e sua insuficiência para a definição prática do “bem comum”, ARISTÓTELES evoluiu esse pensamento, estabelecendo a importância prática do “bem comum” à sociedade e ao Estado.

Diz-se isso porque a compreender o ato despesista estatal, que, por essência, revela-se instrumental, impõe-se, como se percebe, lançar olhar sobre a finalidade pretendida, de modo que esteja muito claro o bem que está sendo alcançado e se se mostra adequado e proporcional à escolha pública definida. Vale dizer, a prudência na definição do caminho à concretização do “bem comum” é que deve pautar a atuação do gestor público, a conferir-lhe legitimidade e validade democrática.

⁶⁸ Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33

⁶⁹ Cfr.: LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

⁷⁰ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 159.

Evidenciada e restabelecida, pois, a imanência do “bem comum” ao agir administrativo, cumpre analisar em que medida acaba por reverberar no conceito de interesse público, que deve lastrear as escolhas administrativas de despesa⁷¹.

2. A dimensão tangível do interesse público

Apresentando-se com pluralidade de expressões, o interesse público desponta como eixo de sustentação da própria existência estatal e de seu funcionamento administrativo, justamente por se firmar na busca pela concretização do “bem comum” que lhe confere sentido e legitimidade.

A virtuosidade do referencial estatal, no entanto, nem sempre converge, em termos reais, com a pujança do seu conteúdo. Como ilustração, vale-se das palavras críticas de EÇA DE QUEIRÓS, em texto sobre “Défice e Despesismo” – publicado no Diário de Évora n.º 16, de 03 de março de 1867 –, para demonstrar que, às vezes, os mundos são paralelos e nem sempre a contribuição fiscal do indivíduo vem acompanhada da adequada aplicação dos recursos: se é verdade que cada indivíduo partilha com alegria, apesar de reconhecido sofrimento, os recursos necessários ao desenvolvimento das atividades do Estado, “*será justo que este sacrifício seja para cobrir prodigalidades dos governos? Que se tire um pedaço do pão do pobre, para dar mais uma farda a um embaixador?*”⁷²

Essa reflexão crítica literária serve para bem situar o problema universal do fundamento do interesse público, porquanto, a considerar sua aparente indefinição conceitual, serviria para justificar qualquer conduta pública, administrativa, legislativa ou judicial⁷³. Vale dizer, pelo que se percebe atualmente, o interesse público, não raro, tem sido utilizado como salvaguarda jurídica e social da legitimação da atuação do Poder Público, como se sua

⁷¹ Como bem destaca o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 105) ao tratar da prossecução do interesse público como “princípio dos princípios”, afirmando que “*não existe despesa pública sem Interesse público (proscrição do gasto infundado), e, como densificação deste princípio, podemos encontrar o princípio da necessidade da despesa pública (Notwendigkeit der Ausgaben): só são de admitir as despesas necessárias para a prossecução das tarefas referentes ao Interesse Público*”.

⁷² Cfr.: VASQUES, Sérgio (org.). **Eça e os impostos**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

⁷³ Nesse sentido, cfr.: CASSINELLI, C. W. O Interesse Público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 55: “*A expressão ‘interesse público’ ocorre normalmente na afirmação a respeito das ações dos homens tidas como influentes nos negócios públicos – funcionários públicos, líderes de partidos políticos, funcionários de grandes empresas privadas e muitas outras pessoas. As ações desses homens estão ligadas ao interesse público em juízos de congruência; geralmente se diz que são – ou não são – no interesse público. Quando uma ação é do interesse público, ela é digna de aprovação; quando não é do interesse público, merece nossa desaprovação. Os homens públicos em geral enfrentam ou procuram prevenir as críticas dizendo que agiram no interesse público*”.

arguição fosse suficiente para conferir regularidade a qualquer tipo de ato, inclusive aquele evitado de arbitrariedade ou desvio de finalidade⁷⁴. Nas palavras de STEPHEN K. BAILEY⁷⁵, o interesse público, que se apresenta como “pára-choque moral” das decisões públicas, “*é a racionalização do esteio do tomador de decisão para a dor causada pela política*”. Como observa criticamente MARÇAL JUSTEN FILHO⁷⁶, “*fundamentar decisões no ‘interesse público’ produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do ‘interesse público’ imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha que deve ser feito*”.

Curiosa e paradoxalmente, essa constatação está ainda mais presente em sociedades consensualmente construídas, que não são erigidas por ameaça, coação e pressão, mas que acabam por conduzir o agente público decisor a sobrepor e blindar sua “escolha” pela invocação justificadora da inafastável satisfação de necessidade pública⁷⁷.

É, pois, a partir dessa constatação que se impõe, neste ponto, deter-se sobre o conteúdo jurídico do interesse público, evitando a reprodução acrítica da expressão e rechaçando a sua aplicação irracional, a partir da imagem abstrata e pujante criada no imaginário social.

Afinal, o que é interesse público? Em termos mais precisos, o adequado enfrentamento do tema exige a prévia verificação da possibilidade de determinação do conceito com caráter universal, para, então, sendo afirmativa a conclusão, partir-se para formulação do conceito.

⁷⁴ Sobre esse ponto, se é verdade que há atos estatais que concretizam interesse público sem vinculação ao dispêndio estatal, perfilha-se o entendimento de que a despesa pública deve, de forma indissociável, vislumbrar uma necessidade coletiva a satisfazer. Rompida essa atuação estatal finalística, desconsiderando-se, portanto, que a atuação pública é sempre instrumental, resultaria no reconhecimento da invalidade do ato praticado. (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 139).

⁷⁵ BAILEY, Stephen K. O Interesse Público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 104. Criticamente, ainda assevera o autor: “não há talvez melhor exemplo em toda a linguagem da utilidade do mito que a expressão ‘interesse público’. É um bálsamo para a consciência dos governantes. É o óleo sobre as águas conturbadas do descontentamento público. É um dos analgésicos mais eficientes da sociedade” (*ibid.*, p. 104).

⁷⁶ Cfr.: JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, São Paulo, Ano II, n. 6, p. 39-41, 2005, p. 39. Citado autor expressa ainda a possibilidade de que o Direito Administrativo, ao menos o brasileiro, acabou não acompanhando o estágio de desenvolvimento da democracia, observando que as decisões administrativas não respeitam as prioridades da sociedade. Assim, sugere, já há alguns anos, a necessidade de revisão do Direito Administrativo, apoiada na ampliação da transparência das atividades administrativas, maior submissão das decisões administrativas à concreta efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos e novas reflexões sobre o instituto do interesse público (*ibid.*, p. 41). Do mesmo modo, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 109), especificamente em relação à despesa pública, adverte que processo de definição seja orientado por “altíssimo nível de democraticidade, permitindo (melhor: exigindo-se) que os múltiplos destinatários participem no respetivo procedimento de tomada de decisão e escolha”. Esse tema será retomado mais adiante, notadamente para detalhar o encontro entre democraticidade, seletividade e interesse público e os mecanismos existentes para alcançar essa finalidade. Por ora, calha destacar que a aproximação de participação democrática e interesse público acaba por manifestar dimensão fundamental legitimadora do gasto público.

⁷⁷ BAILEY, Stephen K. O Interesse Público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 104.

Nessa perspectiva, para o adequado conhecimento das coisas compostas e complexas, como no caso, impõe-se proceder à análise decompositiva (*syntheton*) até se alcançar a fiabilidade do conhecimento ao atingir os elementos mais simples de seu conteúdo⁷⁸.

Para essa reflexão, antes de se passar à perspectiva analítica do interesse público e de seus reflexos na construção de um conceito aproximado, importante perceber como se desenvolve a relação firmada entre Estado e sociedade, afinal, a harmonização e equilíbrio entre interesses públicos e interesses privados findará por tracejar a delimitação do interesse público enquanto finalidade do Estado⁷⁹.

Esse percurso se torna ainda mais relevante quando se observa que a evolução histórica do Estado e do interesse público subjacente se conduz em certo movimento pendular de aplicação: entre avanços e retrocessos, o agir público se confunde e se distancia dos interesses privados⁸⁰.

Para já, uma advertência apresenta-se relevante à contextualização presente: conforme já destacado anteriormente, parte da doutrina compreende o interesse público como espelhamento do “bem comum”, entendendo não haver traço distintivo ontológico, sendo ambos percebidos como “razão do Estado”⁸¹. Há, no entanto, corrente a sustentar posição

⁷⁸ Cfr.: ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 28.

⁷⁹ A análise do conteúdo do interesse público revelará preocupação candente para o presente trabalho que consiste na determinação da conformação jurídica do ato despesista. Como destaca José Joaquim Gomes Canotilho, ao prefaciá-la obra sobre interesse público, essa temática se destaca como um dos pontos mais problemáticos do direito público atual, notadamente porque “o mérito ligado a políticas públicas não é apenas uma dimensão de *controle de legalidade* antes se transmuta em dimensão material de direção e *controle de legitimidade*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 14.

⁸⁰ Nesse sentido, cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

⁸¹ Cfr. HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37. O mencionado autor, que se inclina, pela força dos argumentos, à posição de semelhança dos conceitos, observa que “é possível perceber, na vasta bibliografia sobre o tema, um certo costume de utilizar cada uma das expressões em contextos distintos: preferem *bem comum* os autores que pensam a sua importância na Ciência Política e Teoria do Estado; preferem *interesse público* os autores que lidam com o plexo de direitos e deveres nas relações de administração, especialmente na dogmática do direito do Estado, mais especialmente ainda no Direito Administrativo” (*ibid.*, p. 39). Ainda, apresenta rol de importantes doutrinadores alemães que sustentam essa posição: Wolfgang Martens, Christian Calies, Peter Häberle, Walter Schmidt, Josef Isensee, Robert Uerpman, Hans Ryffel, Roman Schnur, Erich Becker, Reinhard Schaeder, Hans Heinrich Rupp e Carl Herman Ule. O entendimento é acompanhado por parte da doutrina no Brasil, com destaque para Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 72-73).

diversa a compreender os conceitos inconfundíveis, sendo o “bem comum” decomposto em interesses públicos qualificados⁸².

Essa discussão sobre a paridade ontológica acaba por se apresentar secundária aos objetivos do presente trabalho, não havendo razão para aprofundar debate sobre eventual justaposição da ideia de “bem comum” e interesse público. Neste trabalho, como já se deixou antever, adota-se a posição da ideia de que o “bem comum” não guarda identidade com o interesse público, por atuarem em momentos axiológicos distintos. Mas, para além disso, suficiente à exposição das ideias aqui desenvolvidas a construção do conceito de interesse público, a partir, como exposto, da percepção das linhas propedêuticas do “bem comum”. Bem compreendida a função estatal referenciada no “bem comum”, abre-se caminho à elucidação do conceito de interesse público, que servirá de fundamento, em concreto e imediato, do ato administrativo despesista.

De todo modo, para fins metodológicos, já contribuindo para as reflexões iniciais em torno da construção do conceito de interesse público, importante reiterar que aqui se adota visão, sobretudo a partir das ideias expostas acerca do “bem comum”, a visualizar o interesse público como resultado do processo de extração de sentido do “bem comum”, conferindo-lhe concretização e substrato material. Parte-se, pois, da premissa de que o “bem comum” tem raízes universais e origem na própria ideia de vida em sociedade, antecedendo à existência de Estado. Vale dizer, juntamente com o surgimento das primeiras comunidades, abandonando-se o modelo individual de vida primitiva (modelo “caçador-coletor”⁸³), forma-se a ideia de “bem comum”: onde há sociedade, há bem comum.

Com a formação do Estado⁸⁴, a ideia de busca geral pela maximização das potencialidades individuais, para além de uma vontade coletiva, passa a ser também atribuída ao Estado, justamente porque se legitima sua existência – a sua finalidade – na promoção do

⁸² Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 38. São adeptos dessa visão não assemelhada entre os conteúdos do bem comum e interesse público Hans Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Stephan Kirste. No Brasil, destacam-se, por todos, Humberto Ávila (cfr.: ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005) e Fábio Medina Osório (OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 770, p. 53-92, dez. 2019, p. 54).

⁸³ Cfr.: GAMBLE, Climbe. Os Caçadores-Colectores e a Origem dos Estados. In HALL, John A. (org). **Os Estados na História**. Trad. Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992, p. 36-49.

⁸⁴ A percepção aqui exposta não lança qualquer juízo de valor sobre as qualidades do Estado, pois, como bem salienta Climbe Gamble (GAMBLE, Climbe. Os Caçadores-Colectores e a Origem dos Estados. In HALL, John A. (org). **Os Estados na História**. Trad. Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992, p. 53), esse Estado carregava a expectativa de que “eles encorajassem ou obrigassem as pessoas a trabalharem mais, enquanto seus produtos, lucros e recompensas era desigualmente distribuídos”.

“bem comum”. É nesse contexto que se pode falar em interesse público, como definição estatal do “bem comum” possível.

Tomando-se por inspiração a ideia platônica de alusão à semelhança do “bem comum” à luz solar⁸⁵, compreende-se ilustrativamente a relação entre “bem comum” e interesse público como o fenômeno físico-óptico de decomposição da luz branca (policromática) em várias cores pela passagem em prisma, observado na experiência científica de Isaac Newton. O cientista observou que *“a luz branca é uma mistura heterogênea de raios de todas as cores. O prisma simplesmente separa a luz branca em seus raios componentes sem produzir nenhuma mudança no feixe de luz branca”*⁸⁶.

A partir desse experimento, dentre tantas conclusões alheias ao presente trabalho, concluiu-se que o feixe de luz solar, após ser submetido à passagem pelo prisma, pode ser decomposto em cores variadas⁸⁷.

Pensar no “bem comum” é considerar objetivos inatos da sociedade, que existem pela convergência de princípios, valores e regras de convivência em grupo. Mas isso não basta, porque a coletividade não harmoniza, per se, os interesses recíprocos. É preciso que haja a decomposição estatal do “bem comum” para definição dos interesses relevantemente públicos. Apesar de ser verdadeiro, não basta dizer que ao Estado incumbe perseguir o “bem comum”, pois cairia em pantanoso terreno de indeterminação e abstração.

A partir daí, tem-se aplicação o experimento de Isaac Newton: no processo de construção do(s) interesse(s) público(s), o “bem comum” (feixe de luz solar) é submetido ao prisma estatal, resultando na projeção dos diferentes interesses públicos a serem tutelados e concretizados pelo Estado (cores diversas).

Portanto, pode-se afirmar que o “bem comum” em decomposição serviria à definição do interesse público. Esse caminho é interessante, sendo, não obstante, adequada a ressalva de que a reunião desses interesses públicos não se revela suficiente à formação do “bem comum” ideal.

⁸⁵ Cfr. PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 313.

⁸⁶ Cfr.: SILVA, Cibelle Celestino e MARTINS, Roberto de Andrade. A “Nova Teoria sobre Luz e Cores” de Isaac Newton: uma tradução comentada. **Revista de Brasileira de Ensino de Física**, v. 18, n. 4, p. 313-327, dez. 1996. Disponível em: < <http://www.sbfisica.org.br/rbef/pdf/v18a33.pdf>>. acesso em 14 jan. 2021, p. 313-314.

⁸⁷ Nesse sentido, conferir a descrição do próprio cientista: “7. *Taking a Prisme, (whose angle fbd was about 60dr into a darke roome [sic] into which the sun shone only at one little round hole k. And laying it close to the hole k in such manner that the rays, being equally refracted at (n & h) their going in & out of it, cast colours rstv on the opposite wall*” (NEWTON, Isaac. **Of Colours**. Cambridge: Cambridge University Library. Disponível em: < <http://www.newtonproject.ox.ac.uk/view/texts/normalized/NATP00004> >. Acesso em: 15 de jan. 2021).

Percebe-se, pois, que “bem comum” e interesse público i) têm origem e formação distintos; ii) não apresentam conteúdo semelhante; e, iii) significam fases sucessivas da atuação estatal.

Surge aí pista robusta e importante para a formação do conceito de interesse público: a definição estatal dos objetivos a serem perseguidos.

Como se observa, o interesse público não tem conteúdo universal e unívoco, sendo construído conforme as circunstâncias de cada época e local. A visão de interesse público no mundo contemporâneo não é a mesma daquela existente em estados despóticos, nem tem a mesma intensidade em um estado marcadamente primitivo e em um estado tecnológico⁸⁸.

Por essa razão, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, após destacar a conotação jurídico-financeira do interesse público a materializar-se numa necessidade coletiva a ser satisfeita pelo Estado, bem observa que essa definição se insere no âmbito da atividade normativa (legiferante) estatal, a quem, ao cabo, incumbe definir a dimensão de interesses públicos, a partir das carências sociais. Desse modo, limita-se “*qualquer prerrogativa de autorreferenciabilidade ou circularidade definitiva na seleção dos interesses públicos e das necessidades coletivas*”⁸⁹.

Evidentemente, como bem adverte DIOGO FREITAS DO AMARAL ao discorrer sobre o princípio da prossecução do interesse público, “*trata-se de um conceito ‘cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição’*”⁹⁰.

Por óbvio, tratar concretamente do interesse público, quando há ato normativo, constitucional ou infralegal, apontando sua direção, não se constitui tarefa de difícil realização, porque basta mirar a referência ao dispositivo normativo.

A questão mais relevante é perscrutar quais objetivos podem ser alçados, em abstrato, à consideração de interesse público. Em outros termos, analisar se é possível afastar a priori tendências administrativas que não são compatíveis com a movimentação estatal, para, então, responder: qual o conceito abstrato de interesse público?

⁸⁸ Sobre o conteúdo variável do Interesse público, cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 34 e GRIFFITH, Ernest S. Os fundamentos éticos do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p.26-27.

⁸⁹ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 34. No mesmo sentido, cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 103-104. Apesar de se inferir na função normativa estatal a definição do interesse público, corolário do Estado de Direito e de seu substrato democrático, não se admitindo que seja definido por ato infralegal, válido ressaltar importante advertência crítica do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, segundo a qual tem sido corroída por fenômeno de *desparlamentarização* das finanças públicas.

⁹⁰ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 33.

Como se pode observar da própria expressão semântica do interesse público, verifica-se inegável carga de indeterminação nas fronteiras hermenêuticas de sua aplicação. Vale dizer, não é possível afirmar categoricamente, em juízo mínimo de ponderação, o conteúdo preciso do interesse público.

Trata-se, pois, do tradicional dissenso hermenêutico sobre conceitos jurídicos indeterminados, assim entendido como expressões jurídicas que não transmitem, per se, sua carga de significação. Se há largas dúvidas (e mesmo recusa) na aplicação da expressão “*in claris cessat interpretatio*”, com maior razão, a construção do sentido a partir de um conceito jurídico indeterminado inegavelmente exige maior esforço hermenêutico do receptor da mensagem.

Isso não significa, entretanto, que o conceito, dada sua indefinição e abertura hermenêutica, seja descartável⁹¹. Muito pelo contrário, a indeterminação está na linguagem limitada e não necessariamente no conteúdo que almeja transmitir.

Essa observação é importante para, a um só tempo, desmistificar a ideia de que i) o interesse público serviria a justificar arbitrariedades; e ii) que a indeterminação conceitual prévia não impede sua determinação hermenêutica: o interesse público passa a ser concebido como conceito jurídico determinável.

A definição estatal de interesse público não se apresenta absoluta, pois deve ser ponderada a partir do “bem comum” presente na sociedade, em conformidade com os direitos fundamentais agasalhados universalmente.

Apresenta-se, portanto, equivocada a ideia de que a apresentação conceitual indefinida do interesse público autorizaria sua aplicação submissa à livre vontade estatal. Na verdade, como procede com qualquer conceito jurídico indeterminado, há núcleo central em seu conteúdo suficiente para apontar as situações extremas e de absoluta clareza. Nesses termos, não há complexidade em perceber o que manifestamente constitui interesse público e o que indubitavelmente se distancia desse conceito.

A perplexidade se insere na zona cinzenta em que a expressividade do conceito é rarefeita, exigindo maior engajamento interpretativo à sua identificação. A solução hermenêutica, para abstrair-se de todo imenso debate doutrinário, parece se voltar à definição

⁹¹ Advirta-se, com lastro na doutrina, que “*a significação de ‘interesse público’ não é necessariamente afetada pela insinceridade em seu uso. Alguns autores parecem ter condenado o conceito à inexpressividade simplesmente porque tem sido muitas vezes usado por charlatães e tiranos. O abuso manipulatório não tem, entretanto, necessidade de destruir o sentido de uma palavra, embora geralmente tenda a reduzir sua utilidade*” (CASSINELLI, C. W. O Interesse Público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 55).

de procedimento de determinação do conceito abrangente⁹², para, assim, minimizar, na medida possível, zonas de incerteza⁹³.

Nesse sentido, relevante considerar a posição de FERNANDO SAINZ MORENO⁹⁴, que, na linha das considerações acima, esclarece sobre a estrutura de conceito jurídico “aparentemente” indeterminado, a indicar que é composta por núcleo (ou zona de certeza) e halo (zona de dúvida). Compreende, pois, o autor, o núcleo como campo das afirmações evidentes, que estaria delimitado por zonas de certeza positiva, onde não há dúvida do enquadramento do conceito indeterminado, e negativa, que, sem qualquer dúvida, não se mostra alcançada pelo conceito jurídico. A complexidade estaria, pois, presente na “*zona de incertumbre*”, a exigir a verificação de conformação com a margem de apreciação legalmente conferida⁹⁵.

⁹² É a posição de Garcia de Enterría e Ramón Fernández (cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 14 ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 470), segundo a qual conceitos jurídicos indeterminados, dentre os quais, o próprio “interesse público”, “*no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa ‘apreciación por juicios disyuntivos’ de las circunstancias concurrentes*”. Em outras palavras, “*la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición*” (*ibid.* p. 467). Na doutrina, é possível, contudo, verificar posição em sentido contrário: “é questionável se ‘o’ interesse público pode ser descrito objetivamente, considerando-se que ele se relaciona com diferentes normas e conteúdos (p. ex. normas de competência e normas que preveem direitos e garantias), é concretizado por meio de diversos procedimentos (p. ex. judicial, administrativo) e constitui-se por meio de um permanente processo diacrônico de compreensão do Estado em uma dada comunidade (p. ex. compreensão do significado do Estado de Direito)” (cfr.: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da soberania do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, p.1-30, set./out./nov. 2007. Disponível em: < <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic> >. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 13.

⁹³ Em verdade, o debate que lastreia essa análise tem por pano de fundo a reflexão em torno da aproximação entre significante e significado para se compreender como a linguagem pode melhor se aproximar da expressão do conteúdo jurídico. Isto porque, dado que o direito se condiciona à exteriorização da linguagem, a indeterminação de um ou outro pode resultar na imprecisão da ideia transmitida. Sobre o tema, cfr.: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Essa reflexão também alcança a indefinição do conceito de direito, que acaba por resultar na própria discussão em torno da cientificidade de seu objeto, pois, consoante afirma o professor DAVID DUARTE (cfr.: DUARTE, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discrecionabilidade Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 28), percebe-se “a tendência para *um círculo interminável* (a concepção do que se faz na actividade que tem o direito por objecto condiciona e é condicionada pelo entendimento que se tem sobre o direito), que, apesar de tudo, não tem qualquer justificação: não pode haver uma determinação de cientificidade, com o correlativo apuramento das tarefas de ciência, relativamente a um objecto que não esteja minimamente definido ou que não seja determinável, sob pena de não se saber de que ciência se trata e de não serem concebíveis quais podem ser os seus conteúdos”.

⁹⁴ Cfr.: SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 197, *apud* RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

⁹⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 14 ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 472. Válido ressaltar, como bem observa Carlos Vinícius Alves Ribeiro (RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros**

Seguindo essa ideia de objetivação de conceito de interesse público, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO observa que existem diferentes graus de indeterminação, sendo imprescindível considerar que esse “*princípio tem que ser aplicado em consonância com os demais princípios administrativos, em especial o da legalidade*”⁹⁶, talhando o interesse público em consonância com o ordenamento jurídico.

Não se pode desconsiderar, entretanto, que, por vezes, a indeterminação de sentido é intencional, servindo de técnica legislativa justamente para conferir certa liberdade ao intérprete para adequar o texto positivo à contemporaneidade e circunstâncias fático-jurídicas de sua aplicação⁹⁷. Surge, pois, outro relevante e intenso debate, que será retomado mais

temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109), que “*em relação às zonas de certeza positiva ou negativa, o agente está vinculado, pois não está autorizado a fazer qualquer inteligência que diste do senso comum, liberto do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar*”. Essa observação é importante para, desde já, orientando análise futura neste trabalho, firmar posição no sentido da possibilidade de controle judicial sobre interpretação de conceito indeterminado que se desvincule dos aspectos objetivos de seu conteúdo. Do mesmo modo, a contrario sensu, também a interpretação judicial não deve trilhar caminho diverso daquele firmado no núcleo semântico do conceito. Exemplo interessante nesse sentido - ainda que não exatamente sobre conceito jurídico indeterminado, mas sobre os limites da interpretação - pôde ser recentemente observado em julgamento em curso na Suprema Corte do Brasil (Supremo Tribunal Federal). Em discussão, o sentido da parte final do artigo 57, § 4º, da Constituição Federal do Brasil, e a possibilidade de reeleição dos presidentes do Senado Federal e Câmara dos Deputados. Segundo mencionado dispositivo, “*cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente*”. Segundo o autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.524 (Partido Trabalhista Brasileiro – PTB), “*a parte final do § 4º do art. 57 da Constituição Federal, por mais clara que seja a sua redação, aparenta suscitar dúvidas casuísticas quanto ao seu alcance, o que possibilita que possíveis interpretações inconstitucionais possam ser adotadas, gerando grave insegurança jurídica*”. Apesar da clareza da vedação, o Tribunal, apenas por maioria de votos, concluiu pela “*impossibilidade de recondução dos presidentes das casas legislativas para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, dentro da mesma legislatura, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Nunes Marques*”. Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso, que acompanhou o voto vencedor, sustentou, no ponto que aqui serve de ilustração, que “*a literalidade de um texto não é a única ou a melhor forma de interpretá-lo, mas as possibilidades semânticas que o texto oferece figuram como limite ao papel do intérprete*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6524**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 15 dez. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 fev. 2021)

⁹⁶ Cfr.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁹⁷ Evidentemente, não se pode desconsiderar que esse processo democrático está sujeito às influências dos interesses pessoais individuais e coletivos, pois, conforme ressalta Gerhard Colm (COLM, Gerhard. O Interesse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 128), “*cada um ressalta esse ou aquele aspecto do interesse público de acordo com sua própria perspectiva, que é ela mesma grandemente influenciada por sua própria posição na sociedade e por seus próprios interesses*”. No entanto, esse aspecto somente revela e realça a importância vital da função política, consistindo, pois, na construção de compreensão comum e “*consenso quanto ao que constitui o interesse público dentro da estrutura de referência na sociedade e da cultura particulares*” (ibid., p. 128). Essa visão dialética se manifesta evidente, pois “*nenhum critério ou padrão único, tal como interesse público, pode subordinar ou abranger tudo que seja bom e desejável para sociedade – independentemente do sistema de valores que se prefere ou se propõe*” (Cfr.: SORAU, Frank J. A confusão

adiante, pois, como se percebe, quanto maior vagueza e abertura hermenêutica, potencializa-se a possibilidade de justiça da interpretação, acentuando, por outro lado, o grau de insegurança jurídica; de outro modo, maior definição semântica confere maior certeza jurídica, com o revés de possibilidade de minimização de adequação da norma às circunstâncias fáticas, implicando, assim, maior senso de injustiça.

Obviamente, essa indeterminação conceitual, fruto da intenção ou equívoco legislativo, não pode servir de fundamento à sua rejeição enquanto categoria jurídica⁹⁸. Como bem adverte J. ROLAND PENNOCK⁹⁹, a partir da indeterminação da palavra “beleza”, embora não seja admissível firmar a definição de “uma linda mulher”, não se pode negar reconhecimento à existência da beleza feminina.

Nessa perspectiva, buscando objetivar a demarcação do interesse público e proceder à (des)construção analítica dos elementos envolvidos (interesse e público), parece apropriado discorrer sobre as zonas de certeza, indicando o que vinculadamente constitui e não constitui interesse público.

Antes, porém, é preciso seguir breve passagem pelas raízes históricas do interesse público, para, então, perceber em que medida foi concebido para se firmar como vínculo entre Estado e sociedade.

Decerto, a ideia de interesse público, ainda carente de refinamento nesta reflexão, surge em sincronia com as bases do constitucionalismo moderno, resultado do processo disruptivo da arbitrariedade e do Estado Absolutista. Firmam-se contributos preciosos para instauração do Estado de Direito, alicerçado na força da soberania popular e do ordenamento jurídico.

conceitual. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 190).

⁹⁸ Nesse sentido, cfr.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98: “*se a indeterminação do conceito de interesse público fosse empecilho para sua aplicação, o mesmo ocorreria com inúmeros outros princípios constitucionais, como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros. As ideias de utilidade pública, interesse social, perigo iminente e outras semelhantes, de que são ricos todos os ramos do direito, ficariam sem aplicação*”. Ainda, cfr.: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 81.

⁹⁹ Cfr.: PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 180. Essa indeterminação não deve ser admitida como traço negativo, pois, como bem afirma Gerhard Colm (COLM, Gerhard). O Interesse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 127), a flexibilidade conceitual do interesse público, manifestada na controvérsia a propósito de seu sentido, característica peculiar de uma sociedade plural, constitui condição inafastável para manutenção de uma sociedade democrática.

Essa nova concepção do Estado resultou de movimentos populares, especialmente no período iluminista do século XVIII, que culminaram na clara distinção entre interesse público, interesse do Estado e interesse particular, consolidando as bases estruturais do Direito Público¹⁰⁰.

Especialmente a partir da Revolução Francesa, esta distinção passa a ser mais nítida, exigindo-se do Estado mais que a mera garantia à ordem pública, mas, sim, postura ativa na consecução do interesse público, especialmente externado através de direitos prestacionais.

Na esteira das lições de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁰¹, curioso observar aparente “bipolaridade” do Direito Administrativo, porque conferiu ao Estado prerrogativas e privilégios, sobrepondo-se ao particular, justamente para lhe assegurar proteção de direitos individuais.

A bem da verdade, quando surge com moldura jurídica, e não apenas ética, política ou filosófica, o interesse público sempre esteve associado à sua supremacia. No contexto de exigência de maior atuação do Estado para corrigir as distorções sociais do liberalismo, a esse novo Estado prestador de bens e serviços, conferiu-se a possibilidade de limitar o exercício de direitos e interesses individuais em benefício da coletividade, ao custo de restrição da liberdade individual. Configurava-se, assim, a formação da supremacia do interesse público¹⁰².

Mas a questão que agora se afigura relevante consiste em lucubrar a distinção de interesses que movem Estado e sociedade, tratando, assim, da relação entre interesses públicos e privados.

Nesse sentido, a concepção de interesse, compreendida como legitimação do agir, orienta escolhas e firma-se como condição da própria existência humana. Com já advertia

¹⁰⁰ Cfr.: GABARDO, Emerson; HACEHM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 19. Nas palavras dos autores: “*se o sistema de Direito Público do Antigo Regime repousava principalmente sobre a ideia de superioridade da posição do Rei e do Direito costumeiro tradicional, da qual derivava o arbítrio no exercício do poder político e o dever de veneração e obediência dos súditos/servos, após a revolução iluminista esse mesmo Direito passou a nortear-se pela ideia de que ‘o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária’*” (*ibid.*, p. 20).

¹⁰¹ Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 93.

¹⁰² Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92.

ARISTÓTELES¹⁰³, sensação, intelecto e desejo determinam a ação humana, de modo que, em geral, sua visão de fim guiará suas escolhas virtuosas ou viciadas. Vale dizer, a racionalidade conferida ao ser humano assegura dirigir a conduta ao interesse (fim) que almeja alcançar.

O agir humano voltado ao fim, que consubstancia o interesse, faz lembrar as lições de JEAN-PAUL SARTRE¹⁰⁴, especialmente, dentre tantas, a que reconhece a liberdade como condição basilar da ação humana, apresentando-se, pois, requisito da própria condição humana: escolhe-se o fim pretendido e, assim, agrega valores para seu atingimento (“*intention of consciousness*”)¹⁰⁵.

Essa perspectiva do interesse, que o aproxima do agir voltado a um fim, abre-se ao atendimento dos valores sociais e ao pertencimento a uma coletividade, para que cada indivíduo não baste a si mesmo.

Dentre os sentidos possíveis para a aplicação da palavra “interesse”¹⁰⁶, observa-se que também se admite sentidos pejorativos ou negativos, voltados a expressar vantagem e vontade

¹⁰³ Cfr.: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 74-76; p. 154-155. Destaca-se, ainda: “o princípio da ação é assim uma escolha – ponto de partida do movimento, e não o fim para que ele tende – e o princípio da escolha é o desejo e a razão dirigida para algum fim. É por isso que a escolha não pode existir nem sem o intelecto e pensamento, nem sem uma disposição moral, pois as boas e más ações não existem sem pensamento e sem caráter” (*ibid.*, p. 155). No mesmo sentido, apresentado esse ponto como fundamento de distinção entre público e privado, após reconhecer que a parte racional da alma humana é a substância transcendente da comunidade pública, cfr. NIEMEYER, Gerhart. O Interesse Público e o Interesse Privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p.14: “A distinção entre o público e o privado coloca-se na identificação de outra parte da alma, caracterizada pela concupiscência e pela paixão: o elemento apetitivo. É a energia dessa parte da alma que ajuda a autopreservação, mas os apetites com seu exclusivismo não são capazes de gerar uma comunidade e manter uma ordem. Os apetites só podem trazer sua contribuição para ordem pública quando sob o comando superior da razão. Caso contrário, tendem a desorientar e perverter a vida humana”.

¹⁰⁴ Cfr.: SARTRE, Jean Paul. **Being and Nothingness**: the principal text of modern existentialism. Trad. Hazel E. Barnes. New York: Washington Square Press, 1978.

¹⁰⁵ Cfr.: SARTRE, Jean Paul. **Being and Nothingness**: the principal text of modern existentialism. Trad. Hazel E. Barnes. New York: Washington Square Press, 1978, p. 433: “[t]he concept of an act contains, in fact, numerous subordinate notions which we shall have to organize and arrange in a hierarchy: to act is to modify the shape of the world; it is to arrange means in view of an end; it is to produce an organized instrumental complex such that by a series of concatenations and connections the modification effected on one of the links causes modifications throughout the whole series and finally produces an anticipated result. But this is not what is important for us here. We should observe first that an action is on principle intentional”.

¹⁰⁶ Cfr. FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos**. 2 ed. 11ª impressão. Porto Alegre: Editôra Globo, 1969, p. 486: 1 utilidade, proveito, lucro, ganho, rendimento, conveniência, vantagem; 2 simpatia, benevolência, atenção, solicitude; 3 curiosidade; prêmio, recompensa, galardão; 4 empenho, cuidado, esforço, diligência; 5 egoísmo. Ainda, cfr.: AULETE, Caldas. **Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 805: 1 utilidade, lucro, proveito, vantagem que alguém encontra em qualquer coisa; 2 aquilo que é útil, de importância concreta; 3 qualidade do que prende a atenção; 4 inclinação apenas para o que traz vantagem pessoal; 5 participação de empregado nos lucros da empresa; 6 o juro de um capital depositado; 7 o que é bom, importante para algo ou alguém; 8 atenção inspirada pela curiosidade; 9 empenho, cuidado, diligência a favor de algo ou alguém; 10 sentimento que nos inspira cuidado de uma pessoa ou de uma coisa. Relevante observar que essa compreensão negativa não aparece na língua inglesa, ao menos nada é apresentado no Longman Dictionary of Contemporary English [BULLON, Stephen (edit) et al. **Longman Dictionary of Contemporary English**. 3 ed. Harlow: Pearson Education, 2003, p. 848-849].

pessoal do agente, ambos com cunho privatístico e, por vezes, com conotação patrimonial (como, por exemplo, “egoísmo” ou “cobiça”).

Etimologicamente, no entanto, o vocábulo “interesse” tem origem latina, a partir da substantivação da construção verbal “inter” e “esse”, significando “estar entre, estar no meio, participar, importar”¹⁰⁷. O “interesse”, pois, parece estabelecer um vínculo ou percurso entre o agir intencional¹⁰⁸ e o fim desejado.

Decerto, observando que a definição do âmbito do interesse envolve intelecto e escolha, também se descortina na psicologia educacional, aqui ilustrada nas lições de Édouard Claparède¹⁰⁹, a compreensão do interesse a partir da construção da relação sistêmica simbiótica entre indivíduo e sociedade (ambiente). Com essa perspectiva, o autor suíço entende o interesse como móvel da conduta humana, catalisador das necessidades, inserido no processo de dinamogenia da satisfação das necessidades, culminando no surgimento, ainda segundo as ideias de Claparède, da Lei psicológica do Interesse Momentâneo, segundo a qual *“quando um interesse é satisfeito, desaparece, para logo ser substituído por outro e, quando dois interesses não satisfeitos coexistem, o mais importante recalca o outro”*¹¹⁰.

Desse modo, o interesse, sob essas premissas psicológicas que se transplantam à presente reflexão, firma-se como ponto de interseção, entre o indivíduo e o ambiente, então,

¹⁰⁷ Cfr.: NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico resumido**. Rio de Janeiro, INL, 1966. p. 414.

¹⁰⁸ Observe-se, sem pretender adentrar em longo debate filosófico e psicanalítico, que a ação intencional é que traça a distinção entre interesse da vontade, pois enquanto aquele move o agente pela aspiração do fim, esta motiva a ação por desejo de satisfação exclusivamente subjetiva pessoal.

¹⁰⁹ Nesse sentido, são as reflexões propostas em HAMELINE, Daniel. Édouard Claparède. Trad. Elaine Terezinha Dal Mas Dias e Izabel Petraglia. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010, destacando que, “[e]m suma, o funcionalismo claparediano aplicado à educação é uma espécie de ‘ciência econômica’ em que se pode ver uma antecipação do enfoque sistêmico contemporâneo. No ecossistema de seu meio, o indivíduo, portador do dinamismo de seu próprio crescimento, experimenta necessidades que o fazem voltar-se para o ambiente externo e se convertem em interesse, transformado este, por sua vez, em interesses evolutivos que os intercâmbios com o meio tornam cada vez mais complexos” (ibid., p. 23).

¹¹⁰ Cfr.: NASSIF, Lílian Erichsen; CAMPOS, Regina Helena de Freitas Campos (2005). Édouard Claparède (1873-1940): interesse, afetividade e inteligência na concepção da psicologia funcional. **Memorandum**, 9, 91-104. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/a09/nassifcampos01.htm>. Acesso em 03 fev. 2021. Sobre esse ponto, ainda observando o texto citado, válido destacar: “[e]ntendendo que a atividade é sempre suscitada por uma necessidade, Claparède transpõe essa lei do plano biológico para o psicológico, partindo de uma concepção psicobiológica do interesse, e propõe o esquema ‘atividade f (interesse)’. Com isso ele pretende explicar que a atividade é sempre resultado do interesse, o qual é visto como o aspecto psicológico da necessidade e responsável pelo restabelecimento do equilíbrio orgânico, mental ou espiritual. Ele esclarece ainda que um objeto nunca é interessante a priori, mas sempre em função da disposição psico-fisiológica do indivíduo que o considera. Nessa visão, o conceito ‘interesse’ pode se aplicar tanto ao objeto de interesse quanto ao estado psíquico despertado no sujeito pelo objeto, sugerindo diversas extensões do vocabulário: interesse-objeto (a psicologia interessa muito a Maria); interesse-psicológico (Maria sente grande interesse pela psicologia); interesse atributo (a psicologia está cheia de interesse) e, por fim, o interesse-prático ou biológico (Maria tem interesse em estudar psicologia) que denota um sentido útil do ponto de vista da conservação do organismo e do desenvolvimento da personalidade.”

movendo o ser pela fusão da aplicação do intelecto, percepção da necessidade e projeção do desejo.

Obviamente, toda essa incursão pelos aspectos semânticos e psicológicos do interesse acaba por reverberar no Direito, guardando, na essência, a mesma relação sujeito-objeto legitimada pelo ordenamento jurídico. Decerto, assevera a doutrina, “*interesse é aquilo que se coloca como uma força que imanta o sujeito ao seu fim, produzindo-o ou visando objetivamente a sua produção*”¹¹¹.

Há que se perceber, porém, a sutileza do fundamento: o interesse, enquanto intencionalidade consciente, sempre estará presente, inclusive no Direito, porquanto sempre integrante da conduta humana racional. No universo jurídico, entretanto, confere-se particular destaque para o “interesse qualificado”, pois se volta a objetivos pré-definidos, especialmente à tutela dos direitos fundamentais e concretização dos direitos e deveres estabelecidos no texto constitucional.

Note-se que, mesmo no fenômeno pré-normativo, ainda na experiência de elaboração legislativa, a manifestação de interesse encontra-se presente como fundamento da atuação criadora, no sentido de proporcionar justiça e utilidade material à regulamentação. Não se trata de atuação desinteressada e despida de valores¹¹². Todavia, não se autoriza que os interesses reais sejam desviados e conflitantes com aqueles arguidos democraticamente para justificar a atuação legislativa¹¹³.

¹¹¹ Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 105

¹¹² Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 99. O autor ressalta importante discussão, a ser retomada mais adiante, acerca da vinculação da interpretação à vontade da lei ou do legislador, já tão criticada pela doutrina. Ainda assim, como se percebe, segundo o autor, ao rejeitar o desprezo à intenção legislativa, “quer-se é assumir o fato de que, mesmo evoluindo a concepções contemporâneas de interpretação, que absorvem a celeuma subjetivismo-objetivismo na direção de uma ‘vontade axiológica do sistema’, estará o interesse, por contingência, sombreando a interpretação” (*ibid.*, p. 100-101).

¹¹³ Nesse particular, recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve oportunidade de analisar, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a validade de norma que teria sido concebida em circunstâncias de corrupção, completamente desvirtuada dos interesses afirmados para justificá-la. Especificamente nas ADIs n. 4887, 4888 e 4889, discutia-se a constitucionalidade das alterações constitucionais imprimidas pela Emenda Constitucional n. 41/03 (Reforma da Previdência), que fora aprovada em contexto, descoberto posteriormente, de conluio criminoso praticado por membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, conforme mundialmente noticiado, nos autos da Ação Penal n. 470, que, à época, levou ao banco dos réus parte da cúpula do governo. Ao final, a Corte Suprema brasileira, apesar de reconhecer que “o vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo constituinte reformador ou legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa”, entendeu que, “no caso, o número alegado de votos comprados não se comprova suficiente para comprometer o resultado das votações ocorridas na aprovação das emendas constitucionais n. 41/2003 e n. 47/2005”. Do inteiro teor do voto, colhe-se o seguinte trecho da fundamentação: “no regime democrático, a política deve ser utilizada como instrumento de defesa de interesses, concebido na perspectiva de uma sociedade pluralista, resultante na formação das normas que indicarão a conduta de cada pessoa ou grupo de pessoas na sociedade. Entretanto, a defesa de interesses legítimos transmuta em corrupção quando a busca pelo ideal comum cede espaço a interesses individuais e desvirtua a diretriz na formação da vontade política e

Bem delineada a compreensão isolada do interesse, pode-se partir para reflexão sobre a dicotomia entre público e privado, contribuindo para construção do significado do adjetivo a qualificar o interesse objeto deste estudo¹¹⁴.

Como leciona LUIS ROBERTO BARROSO¹¹⁵, há (ou deveria haver) uma clara demarcação dos espaços próprios de domínio da vida pública e privada. O indivíduo inicia sua existência em espaço marcadamente privado, passando a compor a família e apresentando os vínculos naturais concebidos a partir de sua individualidade. Em outro oposto, tem-se o conjunto de relações estabelecidas pelo indivíduo com o Estado, notadamente a partir da sua conversão em cidadão, quando também passa a titularizar deveres e ser percebido como parte integrante da deliberação e participação política. O ponto de encontro entre essas arenas, que apresenta maior complexidade à precisa identificação, insere-se justamente na passagem do espaço privado para o público, quando o indivíduo amplia suas relações sociais, passando a inserir-se na comunidade e assumindo a aspiração pelos interesses coletivos. Em arremate, aponta o professor LUIS ROBERTO BARROSO¹¹⁶: o espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio (intimidade ou privacidade material); o espaço privado, não reservado, consiste na relação do indivíduo com a sociedade, na busca pela harmonização dos interesses privados, individuais e coletivos; e o espaço público se identifica com as relações do indivíduo com o Estado, manifestada no controle crítico, deliberação pública e participação política.

Hoje, no entanto, importante ressaltar, há inegável recrudescimento da atenuação dos limites do público e privado, não havendo precisa definição de onde um termina e começa o outro¹¹⁷. Apresenta-se, pois, a excessiva e preocupante aproximação entre “*jardim*” e

das leis.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4887**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 11 nov. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹¹⁴ Interessante distinção é apresentada por George Cornwall Lewis (LEWIS, George Cornwall. **Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms**. London: B. Fellowes, 1832, p. 233): “*Public, as opposed to private, is that which has no immediate relation to any specified person or persons, but may directly concern any member or members of community, without distinction. Thus the acts as a magistrate, or a member of a legislative assembly, done by them in those capacities, are called public; the acts done by the same persons towards their family or friends, or in their dealings with strangers for their own peculiar purposes, are called private.*”

¹¹⁵ Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-61.

¹¹⁶ Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

¹¹⁷ Sem pretender aprofundar nesse debate, calha mencionar importante contribuição do professor Paulo Otero (OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190-191), a indicar pistas da hipertrofia estatal: “o progressivo desenvolvimento do intervencionismo estadual nos modelos de Estado social conduziu durante os anos sessenta

“praça”¹¹⁸ das esferas de atuação do indivíduo. Isso se deve a muitos fatores, debate não apropriado para este texto. De todo modo, calha destacar que a hipertrofia do Estado se apresenta também como resultado de um processo de carência coletiva, associado à crescente ampliação da eficácia dos direitos fundamentais¹¹⁹. Vale dizer, o Estado mostra-se imprescindível referência a ditar o ritmo da sociedade, sendo cada vez mais chamado a resguardar direitos universalmente consagrados, inclusive, como garantidor das subsistências privadas e do bem-estar em suas mãos¹²⁰.

Vive-se, não de hoje, época de tensão evidente entre público e privado, que, a um só tempo, conflitam e apresentam dependência mútua¹²¹. A questão central aqui parece firmar-se na precisa definição sobre limites do alcance estatal. Em termos mais claros, trata-se do amplo debate sobre a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

e setenta, senão mesmo até os anos oitenta – tal como sucedeu em Portugal –, a uma redução do espaço da liberdade do indivíduo e da sociedade civil: a ausência de uma intervenção pública pautada por um princípio de subsidiariedade, procurando o intervencionismo do Estado ser a solução para todos os males sociais, fazendo da igualdade material e da justiça social objetivos prevaletentes sobre a liberdade e produzindo uma asfíxiante regulação esvaziadora da autonomia privada, conduziu a uma hipertrofia do Estado e a zonas de sufocamento da sociedade civil perante um Estado que pretende cuidar das pessoas do berço até à sepultura”. E prossegue citado autor, afirmando que essa situação ocasionou a “desprivatização” do Direito Privado, dominando as arenas particulares dos indivíduos, pois, segundo sustenta, “quase nada escapa ao Direito, sendo esta fúria regulamentadora, já qualificada de ‘hiperjuridificação’, o resultado directo de um despótico intervencionismo do Estado: visando nada deixar por regular, o Estado ‘lança-se numa monstruosa produção de normas que, em vez de assegurarem uma maior liberdade ao indivíduo, o condenam à tirania duma igualdade uniforme e imutável” (*ibid.*, p. 192)

¹¹⁸ A alusão aos espaços físicos como representação das esferas de relações jurídicas é apresentada por Nelson Saldanha (cfr SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: O Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993). Para citado autor, o “jardim” é parte integrante da casa, “espaço privado com um sentido de reduto, portanto algo ‘irredutivelmente’ preso ao existir mais íntimo do ser humano”; a “praça” é considerada como espaço amplo, parte aberta integrante da estrutura das cidades, que rompe com a continuidade das edificações existentes, “espaço público como obra do viver social e do estender-se das relações que perfazem este viver, e que se desdobram em termos de produção econômica, ordem política, criação cultural” (*ibid.*, p. 15).

¹¹⁹ Essa é a lúcida visão de Paulo Otero (OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180-183), que aponta para uma “crise de conceitos” motivada por um uma debilitação da “fundamentalidade” do conceito de direito fundamental, acabando por justificar o Estado a preencher qualquer conteúdo de fundamentalidade: direito fundamental é tudo e não é nada, ao mesmo tempo. Nas suas palavras: “por via do alargamento e da inerente debilitação ou erosão da ‘fundamentalidade’ dos direitos fundamentais, se deixa aberta a porta para o esvaziamento do conceito de ‘Estado de direitos fundamentais’, substituindo-se uma dimensão substantiva e qualitativa dos direitos fundamentais por uma visão formal e quantitativa” (*ibid.*, p. 183).

¹²⁰ Cfr.: NIEMEYER, Gerhart. O Interesse Público e o Interesse Privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p.23-24. A relevância e dependência da atuação do Estado para a economia, mesmo para concepções liberais, torna-se sempre mais evidente em períodos de crise, em que é provocado a assegurar condições mínimas de estabilidade das relações materiais.

¹²¹ A importância formação dicotômica público-privada é destacada por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. 14. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 13-15. Reconhece, pois, inicialmente, valendo-se de argumentos de linguagem jurídica, o Direito Público é o termo forte que implica, frequentemente, a compreensão “do ‘privado’ ser definido como ‘não-público’”. Essa ideia justifica, assim, a delimitação recíproca, pois “a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa”.

Conforme adverte WILLIAM S. MINOR¹²², a distinção entre interesse público e interesse privado estabelece-se nas consequências obtidas a partir da associação humana, pois enquanto o interesse privado funciona em agrupamentos humanos que controlam consequências de modo direto, o interesse público estará presente quando as consequências da associação humana não puderem ser experimentadas diretamente. É esse esforço para controlar essas consequências indiretas que legitima a existência de representantes do grupo, aptos a prover a estrutura necessária para o alcance das melhores consequências. Então, “*esse grupo com seus representantes, organizado para controlar consequências indiretas que não podem ser experimentadas e controladas diretamente, é um estado público ou político*”¹²³.

O debate não se apresenta simplista. Poder-se-ia argumentar que o interesse privado, na base do Direito Privado, estaria a tutelar fins exclusivamente pessoais e particulares, alcançando indivíduo singular. Não é bem assim, pois, na essência, não se trata de compartimento conceitual jurídico estanque, havendo que se reconhecer a penetração mútua entre os dois grandes ramos do Direito¹²⁴. Tome-se, por exemplo, a propositura de demandas individuais em que se busca a determinação judicial a impor a concessão de medicamentos, tão comum na rotina forense brasileira. Estaria o Ministério Público, órgão constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica¹²⁵, legitimado a propor ação judicial a essa finalidade em favor de um único indivíduo? Na jurisprudência brasileira, a resposta é claramente positiva, pois o Superior Tribunal de Justiça firmou posição, em caráter vinculante, por essa possibilidade, adotando a tese jurídica de que “*o Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de*

¹²² Cfr.: MINOR, William S. O Interesse Público e o supremo compromisso. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p.38.

¹²³ *Ibid.*, p. 38. Citado autor prossegue, destacando a responsabilidade participativa democrática: “*o povo com seus representantes devem ser capazes de prever as consequências de seu próprio comportamento de tal modo seja praticável uma análise crítica dessas consequências; caso contrário, uma orientação inteligente baseada numa responsabilidade participada é impossível. Sem uma responsabilidade participada da parte tanto do povo como de seus representantes de analisar e criticar consequências de seu próprio comportamento, não pode haver nem público nem interesse público*” (*ibid.*, p. 39).

¹²⁴ Cfr.: GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Política e Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 257. No mesmo sentido, cfr. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. 14 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 14.

¹²⁵ Obviamente a função do Ministério Público varia nos diversos ordenamentos jurídicos. Referiu-se à função de defesa da ordem jurídica para universalizar seu papel, que, indiscutivelmente, deve se pautar na fiscalização da lei e na defesa do interesse público. Note-se, a propósito, que a Constituição brasileira descreve sua função, com disposição imprecisa, a limites mais abrangentes, ao dispor que “*o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art.127). Já a Constituição portuguesa apresenta limites mais objetivos, que condicionam e restringem a atuação do Ministério Público ao prever que “*ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática*” (art. 219º, 1).

saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)"¹²⁶.

Sem pretender adentrar no mérito da decisão judicial, extrai-se do seu conteúdo interessante entendimento segundo o qual o interesse público pode se voltar a tutelar direito exclusivamente individual¹²⁷, ainda que sob fundamento juspublicista.

Essa percepção já se apresenta suficiente a rechaçar a ideia de que interesse público estaria necessariamente ligado ao interesse de todos ou da maioria (vantagem coletiva), enquanto o interesse privado vincular-se-ia ao interesse individual ou de grupo reduzido (vantagem individual). De fato, a natureza do interesse envolvido não se aquilata pelo volume de pessoas beneficiadas.

Despontam, pois, na doutrina, três critérios para estabelecer a distinção entre Direito Público e Privado¹²⁸: i) a teoria do interesse; ii) a teoria do sujeito; e, iii) a doutrina da relação de coordenação.

Segundo a teoria do interesse (“quanto ao objeto”), os distintos ramos do Direito serviriam a tutelar os interesses coletivos ou particulares, conforme afirmação ao Direito correspondente. Desse modo, a formação do Direito Objetivo, pautada nos interesses tutelados, determinaria a distinção entre Direito Público e Direito Privado. Esse critério, portanto, estaria firmado na alocação do objeto a tutelar, de modo a apenas deslocar a discussão para definição do que precisamente seria interesse coletivo e interesse individual.

De outro modo, a teoria do sujeito traça a distinção a partir do destinatário das normas aplicáveis, sendo Direito Público o conjunto de regras voltadas ao Estado, ao passo que corresponderia ao Direito Privado a regulamentação voltada ao indivíduo.

Por fim, há a corrente que entende que a natureza da relação é que determina o âmbito de aplicação da norma jurídica, discriminando como Direito Público aquele que se estabelece a tutelar relação verticais de poder, em que o Estado faz uso do *jus imperii* em suas relações jurídicas para impor subordinação do indivíduo; ao passo que o Direito Privado estaria

¹²⁶ Cfr.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial n.º 1682836/SP**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgamento em 24 abr. 2018. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹²⁷ Nesse sentido, cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70. Destaque-se, ainda, a observação de C. W. CASSINELLI (CASSINELLI, C. W. O Interesse Público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 56), que refuta a ideia de que interesse público seja oposto aos interesses privados.

¹²⁸ Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 110-111. Com posição semelhante, cfr. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-55.

voltado às relações jurídicas horizontais, movidas pela autonomia de vontades e por traços de coordenação ou cooperação entre os envolvidos.

Não obstante o relevo de cada teoria, parece ser mais adequado observar que nenhuma prevalece, isoladamente, per se. É justamente na imbricação entre objeto, sujeito e natureza da relação que se descortinam as regras aplicáveis à situação concreta.

Com uma visão sintética da distinção entre Direito Público e Direito privado, poder-se-ia considerar, com as razões de JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA¹²⁹, que, “*no domínio das relações interindividuais prevalece a autonomia da vontade, não segundo a interpretação individualista, mas como expressão da liberdade humana*”, de modo que “*o direito privado consagra, pois, uma justa autonomia do indivíduo e da família perante o Estado*”, ao passo que o Direito Público encontra-se mais sujeito à dependência do regime político e da orientação impressa pelo Estado à sociedade.

Em termos atuais, a realidade apresenta-se ainda mais complexa do que a dicotomia público-privado, como resultado de aparente antagonismo entre indivíduo e Estado parece indicar. Decerto, como adverte W. FRIEDMANN¹³⁰, há relevante componente a problematizar a promoção do interesse público que consiste na força da atuação de grupos organizados, posicionados entre o Estado e o indivíduo, que buscam alcançar seus próprios interesses por intermédio do poder público¹³¹. Ocultam-se, pois, interesses egoísticos e desviados, muitas vezes movidos por motivação política ou econômica, de modo a reverberar a formação de simulacro de “interesse público”, em tudo aparentemente convergente ao “bem comum”, mas, que, na essência, fazem do Estado instrumento de realização exclusivamente

¹²⁹ Cfr.: GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Política e Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 257-258.

¹³⁰ Cfr.: FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 93.

¹³¹ Esse fenômeno é observado por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. 14. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 26-27), que, para além do processo de “publicização do privado”, - em que o Estado invade e engloba progressivamente a sociedade civil, manifestado de forma mais acentuada nas medidas de intervenção na regulação da economia”, constata-se a “privatização do público”, em que os interesses privados, mediante atuação de grandes grupos organizados, servem-se do aparato estatal para alcance de seus objetivos. Interessante observar que citado autor não menciona traços negativos nesses fenômenos, admitindo o palco estatal como arena adequada para conciliação dos interesses distintos: “*o Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social*” (*ibid.*, p. 27). No mesmo sentido, reconhecendo legitimidade à tutela de interesses próprios, embora subordinados ao interesse da sociedade, cfr. SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à teoria do Estado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 12, para quem o Estado não deve suprimir esses grupos, nem absorver seus interesses, mas, sim, “*servir de árbitro entre eles, assegurando o bem comum de toda a sociedade e harmonizando os interesses dos diversos grupos.*”

privatístico¹³². Nas palavras críticas do próprio W. FRIEDMANN¹³³, “*se tal é a posição, então o interesse público se dissolve numa simples luta pela supremacia entre grupos altamente organizados, torna-se absorvido na luta entre grupos de pressão, enquanto o indivíduo é esmagado entre eles*”.

É preciso, pois, reconhecer vulnerabilidade da tomada de decisão em volta do interesse público, porquanto “*os funcionários do governo podem conceber mal o interesse da comunidade, cometer sérios e inquestionáveis erros na estruturação e na execução de políticas públicas*”, ou mesmo “*podem ser também motivados por desejos egoístas no exercício de suas responsabilidades e interpretar suas funções públicas puramente em termos de progresso pessoal ou de engrandecimento do poder*”¹³⁴.

¹³² Conforme já exposto, não se está a afirmar a imprescindibilidade do completo despojamento das crenças, vontades e interesses pessoais na concretização do interesse público. O gestor público, como ser humano e como juiz de suas decisões, não dissocia os elementos pessoais que formam sua subjetividade para compor o arcabouço necessário à escolha pública. Tal ocorre como se observa no processo de formação da decisão judicial, o julgador deve resistir às inclinações pessoais, embora não possa delas se apartá-las, por mais racional se conduza (a respeito da influência de fatores subjetivos do julgador como condicionantes da decisão, cfr: POSNER, Richard Allen. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2008). A reafirmar a observação, verifica-se que “[i]ntuition, emotion, and preconception are all forms of telescoped or tacit thinking, as contrasted with explicit, logical, step-by-step reasoning, and all are influenced not only by such obvious factors as upbringing, education, the beliefs of peers, and reigning social beliefs but also by personality” (*ibid.* p. 98). Para se transmitir a ideia que parece mais coerente com a realidade, oportuna a transcrição da metáfora exposta por Gerhard Colm (COLM, Gerhard. O Interesse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 134: “Os produtores e atores que representam um papel e a plateia que vem vê-los são todos motivados pelo interesse próprio, seja o desejo de ganhar dinheiro ou de ganhar fama ou se divertir. Não obstante, os variados interesses próprios de todos eles não serão satisfeitos por muito tempo a menos que os produtores, os atores e a assistência encontrem um denominador comum no encanto da peça como obra de arte. Para satisfazer seus próprios interesses, aqueles que se ocupam de uma peça e aqueles que se ocupam com a conduta de um governo devem de certo modo transcender seus interesses próprios. Daí não podermos ter uma teoria expressiva ou uma prática feliz de governo ou de política fiscal e econômica de um governo sem ‘aquela consideração vaga, impalpável, mas que tudo controla, o ‘interesse público’”.

¹³³ Cfr. FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 93. Para enfrentar essa situação, adverte o autor que “o interesse público precisa constantemente de ser redefinido e reavaliado num reajustamento sem fim que se processa através de muitos canais: discussão pública nas universidades, na imprensa e em outros meios de comunicação pública que conduzem no devido tempo a mudanças legislativas. Não menos importante é o processo contínuo de reapreciação oficial através das decisões do Supremo Tribunal sobre problemas constitucionais básicos” (*ibid.*, p. 94). No mesmo sentido, Stephen K. Bailey (cfr. BAILEY, Stephen K. O Interesse Público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 104-105), sustenta, quase que numa visão utilitarista às avessas, que “o teste de interesse público nunca pode ser uma aceitação sem crítica da maioria. A aceitação da maioria só é pertinente quando essa maioria é livre para agir politicamente, quando se acha numa disposição de crítica e de pesquisa e quando partidários rivais defendem diante da opinião públicas suas ‘verdades’ em termos de normas acadêmicas da verdade (...) Em suma, a essência do interesse público não pode estar muito longe da ‘reta razão’ de Cícero, quando aplicada aos dilemas da liberdade no mundo moderno”.

¹³⁴ Cfr.: BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma Teoria do Interesse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 211.

Essa triste realidade é observada por LUIS ROBERTO BARROSO¹³⁵ ao analisar a realidade brasileira, que não conseguiu se desgarrar dos vícios do patrimonialismo na gestão pública, conduta compreendida como prática de utilização do aparato público para atendimento a interesses puramente privatísticos, resultando, também por esses aspectos, em sobreposição do público pelo privado, mediante “*apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes*”.

Observa-se da prática, pois, conforme se demonstrará de forma minudente mais adiante, que a definição da escolha pública recebe influências múltiplas, sendo o interesse público apenas um desses vetores, nem sempre o mais importante, mormente porque o agente público decisor, muitas vezes, pelas circunstâncias em que se encontra inserido, depara-se com a dificuldade de se desgarrar de seus interesses próprios para priorizar o interesse público¹³⁶. Nas palavras de STEPHEN K. BAILEY¹³⁷, na escolha pública, “*há quase sempre um cálculo presente de uma reação anterior e de uma prevista com relação ao futuro do agente assim como da ação*”, o que sempre acaba direcionando o tomador de decisão a encontrar conteúdo que consiga colmatar interesses públicos e privados.

Esses elementos já são suficientes para religar os conceitos analiticamente ponderados, unindo, pois, “interesse” e “público” sem obstáculos.

Antes, porém, importante ressaltar pontos emblemáticos nos relevantes conceitos a seguir expostos. Decerto, como já indicado linhas acima, há razoável complexidade em se considerar o interesse público com caráter universalizante, porquanto os valores que permeiam sua identificação não são homogêneos nos diferentes agrupamentos sociais e, por consequência, nos diversos entes estatais - daí a dificuldade em se extrair conceito que represente, com caráter geral e determinado, o significado de interesse público. Ademais,

¹³⁵ Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66-67.

¹³⁶ A contribuição econômica para a tomada de decisão pública será tratada mais adiante, especialmente a partir da análise da contribuição da economia comportamental, que acaba por reconhecer a falibilidade da racionalidade e, por consequente, da tomada de decisão. De todo modo, por ora, calha ressaltar que, durante muito tempo, a análise econômica tradicional desconsiderava a falha de mercado competitivo, compreendendo que a liberdade econômica dos indivíduos, manifestada na distribuição de rendas e soberania do consumidor, seria suficiente à utilização eficiente dos recursos, fazendo coincidir interesse público e privado através da satisfação máxima do consumidor (cfr.: MUSGRAVE, Richard Abel. *O Interêsse Público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material*. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 114-115. Reconhece-se, assim, que “*el mercado no puede ocuparse de todas las cuestiones que busque el equilibrio entre las necesidades públicas y los medios para financiarlas*” (cfr.: MOLINA MOLINA, José. **Ciudadano y gasto público: por una gobernanza transparente y participativa**. Pamplona: Aranzadi, 2014, p. 65).

¹³⁷ BAILEY, Stephen K. *O Interesse Público: alguns dilemas funcionais*. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 112.

conforme adverte didaticamente MARTIN HAEBERLIN¹³⁸, ao tratar da geografia jurídica do interesse público, há diferença na análise do tema conforme se tenha por premissa tradições jurídicas diversas de *common law* e *civil law*, pois Estados que têm sistema jurídico inspirado no *common law* repercutiram o conceito de interesse público especialmente a partir da Revolução Industrial, sem lhe emprestar grande relevância jurídica e sem representar centralidade para o Direito Administrativo – mais encontra acolhimento nos campos da economia, da filosofia política e da *public governance*, como mecanismo de gestão eficiente; já em Estados de tradição romano-germânica, o interesse público alcançou primordial relevância jurídica, sendo revelado como tema obrigatório juspublicista a partir da Revolução Francesa e da formação do Conselho de Estado francês¹³⁹.

Essas observações são importantes a se perceber que os conceitos não servem a estabelecer conclusão hermética sobre a ideia que melhor aproxima compreensão analítica da prática. Mesmo porque, em termos práticos, seria de pouca utilidade traçar a distinção entre Direito Público e Privado se as normas que compõem esses ramos podem ser aplicadas, conforme o contexto, às relações jurídicas públicas e/ou privadas.

Propõe-se, aqui, superação do conflito conceitual sobre a própria natureza ontológica do interesse público – mito, objetivo ou processo¹⁴⁰ –, para fazer convergir essas correntes na aceção de distintas dimensões ou camadas de um mesmo fenômeno, repercutindo em diferentes níveis de tangibilidade.

De partida, pensar no interesse público como utopia é admitir que qualquer que seja atuação estatal somente encontrará legitimidade se tiver lastro no mito do interesse público, visão insuficiente a uma delimitação conceitual, justamente por permanecer como referencial abstrato e necessariamente intangível, mas que pode ser compreendido como aspecto transcendental da ética democrática a inspirar comportamento político.

Nesse sentido, a ideia mítica não traduz carga de negatividade, como costuma se vislumbrar na qualificação. Vale dizer, a referência ao interesse público como mito estatal mais o aproxima do grau máximo de intangibilidade, a indicar a impossibilidade de domínio e controle humano de seu conteúdo, sendo vã e inútil a tentativa de enquadramento normativo, como o líquido que corre por entre os dedos daquele que tenta retê-lo.

¹³⁸ Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 143.

¹³⁹ Cfr.: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 110-111

¹⁴⁰ Cfr.: SORAUF, Frank J. A confusão conceitual. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 188.

Essa perspectiva utópica¹⁴¹ – pois faz do interesse público valor ideal inerente a qualquer cidadão e agente público consciente da vida em sociedade –, pode muito bem ser ilustrada nas palavras de EDUARDO GALEANO, a perceber a utopia presente no horizonte, que, embora inalcançável, serve de fundamento para a caminhada¹⁴². Assim, também como o interesse público, o “bem comum”, enquanto mito utópico, não pode ser alcançado, medido ou rejeitado, servindo para mover-se adiante em busca da construção das bases da vida em sociedade.

Com efeito, essa visão utópica e ideal do interesse público conduz a sociedade ao permanente esforço em busca da “vida boa”, tão defendida pelos gregos clássicos, especialmente Aristóteles, como sentido da vida e vida em sociedade¹⁴³. Serve, por conseguinte, de referencial axiológico para avanços estatais em busca da boa gestão e da eficiência no funcionamento do aparato estatal.

Em segundo nível ou dimensão axiológica, encontra-se o interesse público em sentido estrito, compreendido em conformidade com os objetivos estabelecidos e perseguidos pelo Estado. Vale dizer, estabelecida a centralidade dos fins do Estado como aspecto de legitimação e validade de sua própria existência, o interesse público também se manifesta na identificação dos objetivos a guiar a atuação estatal¹⁴⁴.

Obviamente, não por outra razão, justamente por se apresentarem como pontos estruturantes do Estado, os contornos marcantes desses objetivos devem ser extraídos da

¹⁴¹ A origem etimológica da palavra “utopia” deriva da conjunção das palavras *ou* (não) + *topos* (lugar), resultando na ideia de lugar que não existe. Com o tempo, passou a significar, mais precisamente, “qualquer descrição ou conceito imaginário de uma sociedade com um sistema social, político e econômico ideal, com leis justas e dirigentes e políticos verdadeiramente empenhados no bem-estar de seus membros” e “plano ou sonho irrealizável; ideia generosa, porém impossível; fantasia, quimera” (Cfr.: UTOPIA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/utopia/>>. Acesso em: 29 mar. 2021).

¹⁴² Cfr.: GALEANO, Eduardo. **Las Palabras Andantes**. 5 ed. Buenos Aires: Catalogos, 2001, p. 230: “*Ella están el horizonte - dice Fernando Birri -. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar*”.

¹⁴³ Sobre esse aspecto, cfr.: ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para todos: uma introdução simples a um pensamento complexo**. Trad. Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações Editora, 2010, p. 85-106. É bem verdade que, sem pretender retomar essa discussão, observando esse sentido, o interesse público acaba se aproximando do bem comum. Isso não significa ponto de fragilidade do raciocínio exposto anteriormente no sentido de que os conceitos não se confundem. Aqui, apenas se está a afirmar que o nível de abstração e de intangibilidade do interesse público atinge patamares tão elevados que o aproximam do conceito de bem comum. De todo modo, mantém-se o traço distintivo apresentado, porque os conceitos partem de origens diversas, conforme maior sentido extraído da sociedade (bem comum) e segundo orientação conduzida pelo Estado (com ou sem participação da sociedade).

¹⁴⁴ Nesse sentido, destaca-se observação de Cfr.: Martin Haeblerlin (HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 137): “Com efeito, não é que os fins do Estado sejam importantes para o Estado. Ele só existe *neles, por eles e para eles*. Os fins são tão fundamentais ao seu conceito quanto o povo, o território e o poder político. Trata-se do elemento dos elementos, não por ser mais importante que os outros, mas porque os sela”.

Constituição, ainda que essa tarefa seja mais ou menos facilitada conforme o grau de explicitude e pormenorização do texto constitucional, pois, quanto mais analítico for seu conteúdo, mais palpáveis e exigíveis serão os fins estabelecidos.

Desse modo, analisar e compreender o texto constitucional apresenta-se caminho fundamental para se encontrarem as pistas do interesse público, de seus limites e condicionantes, a ser perseguido pelo Estado¹⁴⁵.

Como expressão dessa referência finalística, percebe-se na Constituição Federal brasileira de 1988 regras positivas que estabelecem fins do Estado, base para construção do interesse público, aqui citadas, dentre outros, à guisa de ilustração: art. 3º - firma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV). Para além dessa, verificam-se no texto constitucional várias disposições que impõem obrigação ativa ao Estado: art. 7º, XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher); art. 170 (tutela da ordem econômica, garantindo respeito à livre iniciativa, valorização do trabalho humano, existência digna); art. 194 (garantia de previdência social); art. 196 (direito à saúde) art. 205 (direito à educação).

Em Portugal, do mesmo modo, extrai-se da Constituição da República tarefas fundamentais e finalidades a serem perseguidos pelo Estado, dentre outros: art. 9.º - estabelece as tarefas fundamentais do Estado: a) garantir a independência nacional e criar as condições que a promovam; b) garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) defender, assegurar e incentivar a democracia política; d) promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses; e) proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto

¹⁴⁵ Decerto, Estado que não sabe o rumo a tomar não é Estado na acepção plena da palavra, perdendo sua razão de existir, convolvendo-se em instrumento de perpetuação de interesses pessoais. Oportuna, aqui, a lição literária extraída do clássico *“Alice’s adventures in Wonderland”*, de Lewis Carroll (Cfr.: CARROLL, Lewis. **Alice’s adventures in Wonderland**. Chicago: Volume One, 1998, p. 89). Sem saber que caminho seguir, Alice busca ajuda no gato Cheshire, que retruca que o rumo certo depende do destino aonde se pretende chegar. Nem isso, Alice sabe. Então, arremata o gato: *“Then it doesn’t matter which way you walk”*. É nesse sentido que se estabelece a crise apontada por Julius Cohen (COHEN, Julius. O Interesse Público na opinião de um advogado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 164, ao dispor sobre a crise e o futuro do interesse público: *“‘nós’, significando o público, não sabemos exatamente para onde queremos ir; daí não sabermos para onde queremos que o governo vá; nossa sociedade está sofrendo daquele triste mal sociológico chamado anomia; desde que nos estamos tornando rapidamente um público sem um interesse, teme-se que o conceito de interesse público, como o piado do grou, esteja enfrentando a extinção”*.

ordenamento do território; f) assegurar o ensino e a valorização permanente, com difusão internacional da língua portuguesa; g) promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional; h) promover a igualdade entre homens e mulheres. Além desses, previu o texto constitucional português vários outros fins a serem perseguidos pelo Estado, como exemplo: art. 63.º (direito à segurança social); art. 64.º (direito à saúde); art. 74.º (direito à educação); art. 66.º (direito ao ambiente e qualidade de vida).

Os textos constitucionais citados, expressamente, voltam-se, em vários momentos, à atuação do Estado na proteção e garantia de direitos¹⁴⁶. Nesse ponto, não parece haver grandes controvérsias acerca da força normativa e cogente dessas previsões constitucionais, que se estabelecem, com clareza, como os verdadeiros objetivos a serem concretizados pelo Estado.

Entretanto, a questão se torna mais complexa quando o texto constitucional não cuida de pormenorizar o interesse público a ser visado pelo Estado, seja porque não desce às minúcias da tutela dos interesses da sociedade, seja porque esse detalhamento, envolto por excessiva vagueza e abstração, acaba por dificultar aquilatar a extensão da omissão estatal.

De todo modo, nesse segundo nível de conformação do interesse público, a indicação de seu conteúdo remanesce do campo político, estando inserida no domínio político. Vale dizer, somente por atuação dos representantes políticos legitimados, a partir do sistema de poder vigente, pode-se admitir a identificação ou redefinição dos objetivos do Estado.

Com isso, afirma-se que os objetivos constitucionalmente estabelecidos ao Estado não podem ser subtraídos ou desfalcados por simples atuação jurisdicional, por constituir-se cláusula de reserva política, âmbito de atuação que, por corolário da própria existência e

¹⁴⁶ Não constitui objetivo deste trabalho analisar as causas e condicionantes para a necessidade de constitucionalização do interesse público, de modo a identificar quais o locus adequado para sua identificação como fins do Estado. Importa afirmar que sua geografia normativa não guarda homogeneidade nos textos constitucionais, mormente porque há Constituições que não conferem grau analítico ao seu conteúdo e, por consequência, não tratam de forma apartada diretamente do funcionamento do Estado. Nesse sentido, interessante a observação de Peter J. Messitte (MESSITTE, Peter J. O direito administrativo nos Estados Unidos. **Revista Justiça e Cidadania**, edição 177, 28 maio 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>>. Acesso em: 30 mar. 2021): “*Diferentemente da Constituição brasileira de 1988, a Constituição dos EUA não menciona a Administração Pública (que é o objeto do Direito Administrativo) em nenhum momento. Nossa Constituição estabelece conceitos amplos, como os do Devido Processo Legal e o da Igual Proteção Perante a Lei, que possuem aplicação em virtualmente todos os procedimentos governamentais, incluindo, é claro, o Direito Administrativo. Ademais, nossa Constituição estabelece que o Congresso possui autoridade para editar tais leis se assim julgar necessário e apropriado para cumprir suas funções legislativas, um poder que o Congresso tem comumente delegado para agências administrativas, dentro de limites, regras e regulamentações que implementem estatutos editados pelo legislativo. Entretanto, no que diz respeito à Constituição dos EUA, é só o que há. A Constituição Brasileira de 1988, por outro lado, contém todo um artigo, o artigo 37, que se debruça especificamente sobre a Administração Pública e seus princípios constitucionais.*”

validade do Estado, sob pena de confusão das funções estatais, deve permanecer, em regra, resguardada do controle judicial.

Ressalve-se, no entanto, a possibilidade de conferir, excepcionalmente, o controle de judicial de constitucionalidade do fim ou objetivo estabelecido no texto constitucional, que eventualmente esteja em conflito com norma constitucional existente. Nessa hipótese, por imperativo de estabilização da estrutura constitucional, pode-se admitir a sindicabilidade judicial. Note-se que não se trata de censura à opção política estatal, mas, apenas o reconhecimento de que a tomada de decisão superior não guarda compatibilidade com o texto constitucional.

Evidentemente, esses pontos suscitam inúmeras discussões e reflexões em cadeia. No entanto, nos limites propostos neste trabalho, não se encontra espaço adequado para o seu desenvolvimento. Até aqui, merece realce que os aspectos de interesse público já analisados (mito e objetivo) tomaram como partida o núcleo da atuação estatal, alavancando-se do aspecto mais íntimo e sensitivo do interesse público e chegando à camada intermediária em que, apesar de resguardar traços axiológicos propedêuticos, já apresenta nível de materialidade a principiar discreta tangibilidade, conforme exposto anteriormente.

De todo modo, extrai-se dos níveis anteriores a consideração geral de intangibilidade do interesse público, assim compreendida como a impossibilidade de controle judicial de seu conteúdo material.

Em continuidade ao vetor formativo, alcança-se a terceira dimensão do conceito: o interesse público como processo.

A adoção de determinada política pública pelo Estado representa o ápice em que o agente público parte da pré-compreensão de interesse público para, observando os fins estatais desejados, realizar a escolha pública mais adequada à finalidade pretendida.

Portanto, a tomada de decisão pública se insere em um contexto de fatos e valores em que se impõe a obtenção de melhores resultados, que serão percebidos com a maior satisfação das necessidades públicas. Com efeito, o interesse público acaba por também se apresentar como um processo de estabelecimento de meios e fins, de modo a impor ao agente público a escolha mais favorável à concretização dos valores, objetivos e condições impostos ao Estado em favor da sociedade.

Com o desenvolvimento dessas considerações, é possível dessumir – essa é a ideia aqui realçada – que o interesse público deve ser construído de acordo com as circunstâncias e necessidades reais da sociedade, estabelecendo-se, assim, suas balizas como eficácia de

meios, no sentido de que os fins escolhidos sejam compatíveis com os valores básicos e estabelecidos da comunidade¹⁴⁷. Por essa razão, reconhecendo a importância de se delegar a órgãos administrativos a função de governança do interesse público¹⁴⁸, J. ROLAND PENNOCK¹⁴⁹ afirma que, assim agindo, estar-se-ia “*provendo os meios de aplicar uma política dinâmica e cada vez mais precisa, baseada na experiência, num contínuo contato com interesses especiais na liberdade de buscar o bem-estar geral conforme são levados a encará-lo*”.

Válido destacar, nesse ponto, que a definição de interesse público associa-se ao critério escolha, pois, como adverte ERNEST S. GRIFFITH¹⁵⁰, a busca pelo interesse público identifica-se com escolhas coletivas inteligentes que produzem as situações mais prováveis de estimular subsequentes escolhas inteligentes e altruísticas entre os beneficiários.

Ressalte-se que essa é dimensão do interesse público de maior exposição às falhas de racionalidade, porquanto, a princípio, insere-se na esfera discricionariedade do gestor, repita-se, não quanto ao fim almejado, mas, no que se refere ao meio escolhido.

Tem-se, aqui, ponto mais delicado e complexo de análise: essa dimensão do interesse público, que é concretizada pelo agente público na definição da política pública mais adequada à finalidade pretendida, é dotada de tangibilidade? Pode-se estabelecer critérios objetivos materiais para a escolha sem ofensa à discricionariedade administrativa? A tomada de decisão administrativa, firmada para definir os instrumentos adequados à promoção do interesse público, pode ser objeto de controle judicial, notadamente em vista de eventual incompatibilidade com princípios da eficiência administrativa e boa gestão?

Essas questões intrigantes, que apontam para aprofundamento e reflexão, serão desenvolvidas nos capítulos seguintes. Note-se que aqui se está a tratar de vícios da tomada

¹⁴⁷ Cfr. Julius Cohen (COHEN, Julius. O Interêsse Público na opinião de um advogado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 162.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, com ainda maior flexibilidade institucional, cfr.: BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma Teoria do Interêsse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 212, enfatizando o entendimento de que “*não existe uma necessidade imperativa de confinar o interêsse público à categoria de objetivos governamentais. É inteiramente possível que órgãos estatais ou mesmo indivíduos possam executar atos que sejam proveitosos ao interêsse público, e que esses atos não sejam simplesmente feitos de acordo com um mandato governamental*”.

¹⁴⁹ Cfr. PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sôbre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p.184.

¹⁵⁰ Cfr.: GRIFFITH, Ernest S. Os fundamentos éticos do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 32. A propósito, referido autor apresenta, ainda sob inspiração ética, interessante esboço do que denomina de “*linhas práticas de orientação na decifração do sentido de ‘inteligente’ nessa definição*” e “*das condições que no seu todo favorecem uma motivação altruística*”, para, finalmente, expor “*linhas mestras para que aqueles que tomam decisões, inclusive os eleitores que procuram descobrir o interesse público e agir segundo êle*” (*ibid.*, p. 32-34).

decisão lastreados na inconformidade jurídica, decorrentes de práticas corruptivas¹⁵¹, derivadas de comportamentos desviantes do padrão ético-jurídico aceitável.

A abordagem provocativa se propõe a analisar se é possível verificar correção do conteúdo do agir administrativo, no que se refere à compatibilidade da escolha com o interesse público que se invoca para sua realização, desde o ponto de vista de adequação entre os meios e o fim estabelecido. Se esse caminho apresentar-se possível – sendo certo que a sindicabilidade não pode ser ilimitada, sob pena de acarretar a supressão da esfera discricionária administrativa –, decorre a necessidade de se aferir quais os limites desse controle.

Decerto, não se trata de controle jurisdicional multidisciplinar da tomada de decisão administrativa direcionada à prossecução do interesse público, porque, como já demonstrado, a conduta estatal constitui resultado de encontro de múltiplos aspectos, inclusive não jurídicos, que influenciam a sua formação: éticos, políticos, econômicos, sociais, filosóficos etc.

Evidentemente, não se está aqui a sequer cogitar a reflexão sobre controle judicial ou tangibilidade desses fatores que não orbitam diretamente o espaço normativo. Nessa hipótese, o palco de análise próprio é outro e deve ser remetido substancialmente à discussão político-democrática, conforme já exposto anteriormente.

Aqui, não obstante aproximação com reflexões não jurídicas para melhor compreensão dos institutos envolvidos, buscar-se-á desenvolver análise de base puramente normativista, mediante cotejo da possibilidade de verificação da juridicidade da tomada de decisão administrativa, porquanto, em última análise, acabará por reverberar na resposta adequada para a sindicabilidade do processo de realização do ato despesista.

Desse modo, como dito, há que se aprofundar na observação da conflituosa relação do controle judicial da discricionariedade administrativa, para, a partir daí, refletindo sobre a afirmação de objetividade do interesse público, perspectivar a possibilidade de controle da conformação jurídica de despesas públicas ineficientes, estabelecendo-lhe balizas, servindo,

¹⁵¹ Segue, pois, o entendimento exposto pelo professor Joaquim Freitas da Rocha (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. Práticas corruptivas e despesa pública: o exemplo da ferrovia nos ordenamentos brasileiro e português. In: OLIVEIRA, António Cândido de; HERMANY, Ricardo. **Interloquções jurídicas luso-brasileiras**. vol.1. Braga: Associação de Estudos de Direito Regional e Local (AEDRL), 2015. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/37903>>. Acesso em: 15 jan. 2019), que confere significação ampla às práticas corruptivas, para compreendê-las como comportamentos voluntários (afastados casos advindos de comportamentos não voluntários), públicos (colocando à margem da análise os comportamentos meramente privados ou privatísticos) e ilícitos (desconformes com o ordenamento jurídico ou com o mundo do Direito), bastando a esse enquadramento “*a ‘simples’ violação do Interesse público, sem que seja necessário um benefício concreto para alguém (e.g., má escolha de materiais de construção numa obra pública, ou aquisições desnecessárias, em ambos os casos sem intuito de favorecimento)*”.

pois, aos exatos termos do propósito deste trabalho. Desenharam-se, nesse passo, as mesmas linhas de delimitação expostas pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, ao fixar-se o estudo na “*má utilização dos dinheiros públicos, violando direta ou indiretamente a estabilidade financeira do Estado e, por conseguinte, a própria sustentabilidade do Estado de Direito, Democrático e Social*”¹⁵².

Esse iter analítico deverá refletir sobre a adequada percepção da conformidade entre fins, meios e bloco de juridicidade, notadamente a partir de critérios jurídicos de aferição de resultado, incorporados sobretudo do campo da economia, como, por exemplo, tem-se os princípios da eficiência no direito brasileiro e espanhol, o princípio da boa gestão no direito português e o princípio da equidade intergeracional nos mencionados sistemas jurídicos.

Parte-se a permitir o encontro entre esses valores, assegurando, da análise de elementos políticos e econômicos da despesa pública, um novo olhar sobre o ato jurídico despesista, com a necessária consideração dos elementos que lhe conferem substância.

É essa leitura tridimensional e reciprocamente influente do mesmo ato administrativo, que se passa a descortinar.

¹⁵² Cfr.: cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. Práticas corruptivas e despesa pública: o exemplo da ferrovia nos ordenamentos brasileiro e português. In: OLIVEIRA, António Cândido de; HERMANY, Ricardo. **Interloquções jurídicas luso-brasileiras**. vol.1. Braga: Associação de Estudos de Direito Regional e Local (AEDRL), 2015. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/37903>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CAPÍTULO II. A DESPESA PÚBLICA E SUA COMPOSIÇÃO TRIDIMENSIONAL

1. Legitimação democrática na definição de políticas públicas: o encontro entre necessidades públicas e despesa estatal

Não é de hoje que a ausência do Estado é sentida e alardeada pela sociedade. A literatura expõe, de forma lúdica, riquíssimas situações em que a omissão estatal ocasionou grandes flagelos aos indivíduos.

Tome-se o exemplo brasileiro ilustrado na clássica obra de Graciliano Ramos, “*Vidas Secas*”¹⁵³, que narra a subversão da “humanidade humana”, decorrente de uma invisibilidade social e agravada pelo drama existencial causado pela “seca”, período de grande estiagem de chuva que atinge, com maior rigor, o sertão nordestino brasileiro¹⁵⁴.

É nessa triste realidade, de dor e sofrimento, em que os personagens, em estado de completa miséria, vivem a perambular em busca de melhores condições de vida, assolados pela fome, sede e fadiga das retiradas. E o Estado? O que faz o Estado para minimizar tanto sofrimento? Na obra, nada. Os personagens se sentem, repita-se, invisíveis, sozinhos e desamparados. Aliás, quando têm contato com o Estado, são sujeitos à opressão e arbitrariedade.

Portanto, observa-se aí, a título de ilustração, um cenário de absoluto descompromisso com necessidades mínimas do ser humano. Ressalte-se, inclusive, que essa carência político-social, manifestação de verdadeira aporia, é tão antiga quanto a própria história do Brasil, pois já na fase de Império há registros de resultados negativos trazidos pelos efeitos da seca prolongada¹⁵⁵.

Como, então, admitir que esse estado de penúria se perpetue sem atribuir responsabilidade ao Estado? Antecedendo a esse questionamento e voltando mais detidamente ao centro do presente texto, ainda se reflete, com vistas à harmonização da prossecução do interesse público e da atuação despesista, sobre a suficiência da atuação estatal voltada à

¹⁵³ Cfr.: RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. 144 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

¹⁵⁴ Para uma compreensão ampla do fenômeno da “seca” (causas e condicionantes) e seus efeitos devastadores às condições econômicas, sociais e psicológicas dos indivíduos, cfr.: SILVA, Virgínia Mirtes de Alcântara et al. O desastre seca no Nordeste brasileiro. **POLÊMICA**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 284-293, jun. 2013. ISSN 1676-0727. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/6431/4857>>. Acesso em: 01 abr. 2021; CASTRO, Josué de. **Geografia da fome – o dilema brasileiro: pão ou aço**. 10 ed. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

¹⁵⁵ Cfr.: SECRETO, María Verónica. A seca de 1877-1879 no Império do Brasil: dos ensinamentos do senador Pompeu aos de André Rebouças: trabalhadores e mercado. **Hist. Cienc. Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 34-51, Mar. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702020000100034&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 abr. 2021.

aplicação dos recursos públicos em favor da coletividade (maior número de pessoas), no sentido de ponderar acerca da vinculação das despesas públicas eleitas ao substrato material das necessidades públicas correspondentes. Em outros termos: em que medida a necessidade pública justifica a efetivação da despesa pública?

Para contextualizar ainda mais o debate, inclusive lançando tintas de realidade ao cenário literário exposto, calha apresentar a discussão desenvolvida no Brasil por oportunidade do julgamento da Ação Penal n. 409, pelo órgão plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁶. Em discussão, a configuração ou não do tipo delitivo previsto no artigo 1º, IV, do Decreto-Lei 201/67, que prevê crime de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na hipótese, em abstrato, de empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam.

Naqueles autos, não havia controvérsia fática, pois restou demonstrado que o gestor municipal celebrara convênio com a União para o recebimento de recursos federais destinados à construção de “açude” e findou por construir bem público diverso, consistente em “passagens molhadas¹⁵⁷”. A discussão, exclusivamente jurídica, portanto, centrava-se na análise da adequação típica penal da conduta de aplicar recursos públicos em descompasso com a finalidade a que se destinara.

Sobre o caso, por não se pretender adentrar na sua análise, que escaparia aos fins deste trabalho, tem-se o suficiente à contextualização.

Pretende-se, com sua apresentação, pinçar trecho do voto do relator, cujo entendimento acabou por ser acompanhado pela maioria dos Ministros, que tratou especificamente da utilização desviada de recursos públicos, ainda que sua aplicação tenha se voltado para a construção de bem público destinado à sociedade.

Em seu voto, o Ministro relator concluiu que os recursos públicos conveniados deveriam ser aplicados na solução dos problemas previamente identificados, que findariam por permanecer sem solução se o repasse dos recursos não fosse efetivado, perpetuando o problema o qual originariamente se objetivava eliminar. Nessa hipótese, concluiu o Tribunal que, ainda que se pretendesse destinar recursos em favor da sociedade, o gestor não teria autorização

¹⁵⁶ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Penal n.º 409**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 13 mai. 2010. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 13 mar. 2021. Destaque-se que a conduta analisada se desenvolveu em município do interior do Nordeste do Brasil, merecendo, por oportunidade do julgamento, o realce, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, dessas circunstâncias fáticas: “[o] Ministro Relator, que vem da sofrida região do Nordeste, conhece bem o flagelo da seca, da falta de água que traz como consequência a morte, doenças e outros males sociais por todos conhecidos. Realmente, quando se deixa de construir um açude no Nordeste, as consequências são catastróficas”.

¹⁵⁷ Ponto de travessia de pedestres ou veículos sobre riacho que intersecciona.

irrestrita para dispor sobre eles. Por essa razão, afirmou pedagogicamente o Ministro Relator em seu voto a impossibilidade de distribuição de bicicletas com recursos destinados à ampliação de estradas ou construção de casas com dinheiro disponível para fins de aquisição de algum tipo de medicamento.

Extrai-se, pois, do precedente lançado, o ponto de partida para o conjunto de reflexões que, doravante, passa-se a expor: a despesa pública deve encontrar absoluta sintonia com as necessidades públicas, não bastando à configuração do interesse público a aplicação dos recursos no interesse da sociedade.

Decerto, ao Estado, no exercício de sua função administrativa, conforme exposto anteriormente, é conferida a legitimidade para densificar o interesse público e materializá-lo na definição dos meios necessários à finalidade pretendida. Vale dizer, como leciona o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA¹⁵⁸, tratando especificamente da despesa pública, a prossecução do interesse público materializa-se “*na produção de bens públicos e semi-públicos com vista à satisfação de necessidade de natureza coletiva (educação, saúde, assistência a idosos, justiça, deslocação, proteção ambiental, dinamização cultural, fomento do desporto, etc).*” Daí porque as despesas públicas somente estarão legitimadas, sem prejuízo da análise de sua validade, se resultarem do encontro entre proscrição do gasto infundado e da seletividade do dispêndio.

Antes de prosseguir com essa análise, importante traçar distinção terminológica para evitar qualquer confusão conceitual com o que se pretende afirmar.

Sabe-se, sem nenhuma novidade, que o ser humano se articula em torno de suas necessidades, que movem o indivíduo do nascer à extinção material, desde o primeiro alimento ao último suspiro. É, pois, o ato de reconhecimento ao que se apresenta imprescindível ao atingimento de determinada finalidade. Por isso mesmo, o indivíduo que está com fome necessita de alimento para se saciar; o indivíduo enfermo necessita de atendimento médico para restabelecer sua saúde; perspectivando a formação educacional e o conhecimento, necessita-se de escolas e aulas para seu atendimento. Vê-se, pois, que a necessidade é o caminho e não o fim (interesse público).

De outro lado, a necessidade não é estanque nem homogênea, pois o desassossego atinge cada um, em cada tempo, de forma dinâmica e distinta: as necessidades são infinitas, porque oscilam conforme o tempo e circunstâncias pessoais¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 138-139.

¹⁵⁹ Também no âmbito econômico, na definição da utilidade marginal da renda, o tempo se revela um fator importante, pois, conforme destaca JOHN C. WINFREY (cfr.: WINFREY, John C. **Hacienda Publica:**

Eis a razão pela qual possível afirmar-se a incompatibilidade da necessidade humana, compreendida com caráter exclusivamente individual e egoístico, com a vida em comunidade. Em outras palavras, não é possível admitir que, vivendo em grupo, o indivíduo possa ter assegurado o pleno atendimento de suas necessidades, largamente sujeitas às vicissitudes próprias, em detrimento das necessidades coletivas.

Por essa razão, a doutrina estabelece, básica e importante distinção, sobre as necessidades individuais e coletivas. Esse processo de identificação, já exposto anteriormente, insere-se na passagem daquelas necessidades existentes nas sociedades primitivas – em que eram satisfeitas a partir da livre iniciativa individual – ao desenvolvimento evolutivo, com a formação das primeiras comunidades – em que as necessidades individuais, complexas e heterogêneas, inviabilizavam o seu atendimento coletivo, que supõe colaboração comum dos indivíduos¹⁶⁰.

Nesse ponto de insuficiência ou esgotamento da comunidade na satisfação das necessidades individuais e coletivas, surge a inevitável tarefa de estabelecer prioridades, à vista dos fins perseguidos. Não sendo possível satisfazer todas as necessidades, incumbe ao grupo fazer suas escolhas, sob pena de, não o fazendo, não suprir nenhuma demanda.

Com o surgimento do Estado e sua vocação para a promoção do “bem comum”¹⁶¹, definindo a matriz do interesse público, a seletividade das necessidades públicas passa a servir

Elecciones colectivas y la Economía Pública. Trad. José Alberto Parejo Gámir. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 98), “[l]os gustos tienden a convertirse en costumbres. Los lujos se convierten en necesidades. La utilidad perdida por un individuo que tiene que renunciar a un Rolls Royce que há llegado a considerar como una ‘necesidad’, puede ser mucho mayor que la perdida por un nuevo rico, cuyos impuestos le hacen perder su Rolls Royce, y desde luego, a través del tiempo se desarrollan nuevos estilos, nuevos modos de transporte, nuevos productos – en resumen, conjuntos totalmente nuevos de condiciones de vida –. Estos factores son, en parte, una respuesta a los gustos cambiantes, pero al mismo tiempo tienden por sí mismos a alterar los gustos”.

¹⁶⁰ Sobre a distinção entre necessidades individuais e coletivas, cfr.: MARQUES, Hernani; MANSO, Paiva; FERREIRA, Bacelar. **Lições de Finanças e Direito Fiscal**. Coimbra: Atlântida, 1932, p. 07-11.

¹⁶¹ Calha destacar a crítica do professor José Casalta Nabais (CASALTA NABAIS, José. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 137. p. 09-37, jan-fev. 2021. p. 17-18) a rechaçar o protagonismo do Estado na tarefa de arregimentar as condições ideais à plenitude das potencialidades dos indivíduos: “por conseguinte e em primeiro lugar, a realização das potencialidades e das capacitações existentes em cada indivíduo, em cada pessoa, cabem, em primeiro lugar, a cada um, ou seja, a si mesmo. É a autonomia da pessoa humana, decorrente da sua eminente dignidade, que o impõe. Por isso mesmo, cabe à iniciativa de cada um, enquanto ser livre e responsável, angariar os meios da sua subsistência e realização, mormente em termos de alimentação, vestuário, habitação, educação, etc. É, pois, óbvio que o que cabe a cada um, no quadro de um sistema de reconhecimento da primazia da pessoa humana, como é inequivocamente o nosso, não pode ser deixado para o Estado. Efectivamente, quem tem os commodas da liberdade não pode alijar os incommodas da correspondente responsabilidade. Ou, dito de outro modo, não se pode ser simultaneamente adulto para reivindicar liberdades e direitos, e criança ou incapaz para assumir as inerentes responsabilidades”. Para citado autor, portanto, o Estado não pode ser sobrecarregado com demandas sociais excessivas, configuradora de verdadeiro “paternalismo estadual de todo inaceitável”; sua atuação deve ser subsidiária, somente devendo ocorrer após “cada um e de todos estes actores terem esgotado as possibilidades de actuação dirigidas à realização pessoal, económica, cultural e social das pessoas” (*ibid.* p. 19).

de diretriz de sua atuação, não assumindo responsabilidade ampla e irrestrita na satisfação das necessidades humanas¹⁶². A finitude dos recursos disponíveis e as posições políticas firmadas pelo Estado conduziram sua atuação, através de políticas públicas como substrato material do interesse público subjacente ao atendimento de necessidades politicamente qualificadas: não basta que a necessidade se apresente como essencial ao indivíduo ou à coletividade; é preciso que o Estado, a partir do cabedal de carências da sociedade, proceda à escolha daquelas que serão reconhecidas como imprescindíveis e elevadas ao patamar de necessidades públicas¹⁶³. Assim, “*por mais voltas que possamos dar não podemos deixar de pensar que a atividade financeira se constrói em função da satisfação das necessidades (ou de uma certa ideia sobre elas) em concreto sentidas por uma comunidade e que são assumidas pelo poder político*”¹⁶⁴.

Tem-se, pois, que essas necessidades públicas são aquelas necessidades gerais as quais o Estado, por decisão política, assume a responsabilidade de adimplir¹⁶⁵, estabelecendo adequado equilíbrio entre interesse público e disponibilidade de recursos. Entende-se, assim,

¹⁶² Calha observar que não há exclusividade do Estado na satisfação dessas necessidades, pois o próprio mercado também pode se encarregar, em um ambiente ideal, de supri-lo (cfr.: FUENTES QUINTANA, Enrique. **Hacienda Pública**: introducción, presupuesto y efectos económicos de ingresos y gastos públicos. Madrid: Mimeo, 1973, p. 02). Especificamente sobre o método de escolhas sociais realizadas por uma autoridade e sua relação estabelecida com a sociedade, assevera que “[e]n toda convivência social moderna existe cierta organización gubernamental, que puede o no representar a los miembros de la sociedad colectivamente, pero que si posee un cierto grado de poder y coacción sobre los individuos logrará imponer determinadas elecciones sobre qué bienes producir, cómo y para quién producirlos, administrando de esta suerte los recursos sociales escasos. El fundamento de la elección social reside, en este caso, en el poder basado en la coacción sobre las voluntades individuales. La mano visible de la autoridad sustituye aquí a la mano invisible del mercado” (ibid. p. 03).

¹⁶³ Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 177. Importante observar que, na doutrina portuguesa e espanhola, essas necessidades qualificadas pela decisão política são comumente denominadas de necessidades coletivas. De outro modo, na doutrina brasileira, traça-se distinção terminológica relevante, porquanto considera que “*todas as necesidades públicas são coletivas, mas a recíproca está excluída, pois existem necesidades de interesse geral ou coletivas que não são necesidades públicas*” (cfr.: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 02). Por essa razão, confere-se primazia, neste trabalho, à utilização da expressão “necessidades públicas” para afastar qualquer equívoco na significação da referência às necessidades coletivas.

¹⁶⁴ Cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 16.

¹⁶⁵ No mesmo sentido, cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. **Derecho Financiero**. Vol I. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1970, p. 08; BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 02; RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de Finanças Públicas**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 19-20; MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 33; cfr.: MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso. El Derecho de los Gastos Públicos. In MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso (coord). **Manual de Derecho Presupuestario y de los Gastos Públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 158. Outrossim, conforme adverte a doutrina (cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 65-66), não se pode perder de vista a ideia clássica que percebe a despesa pública como simples decréscimo patrimonial. Sobretudo no contexto do Estado Liberal, a despesa pública é percebida com desconfiança, como se tudo que é coletivo fosse improdutivo, significando, assim, o “empobrecimento dos cidadãos contribuintes”. Assim, “*o Estado é visto como uma espécie de ‘buraco’, onde desaparecem para sempre as somas coletadas sobre o rendimento nacional*” (ibid. p. 65).

que “*necessidades colectivas são aquelas que, não podendo ser satisfeitas pela livre iniciativa individual, o são pela acção do Estado, em vista do interesse geral*”¹⁶⁶.

A necessidade pública, pois, não se confunde com o anseio puramente individual, especialmente porque, como aponta a doutrina¹⁶⁷, é marcada pela indivisibilidade dos bens a que visa satisfazer e por sua consolidação espontânea. Considera-se, assim, que as necessidades públicas, como tais, devem ser dirigidas ao conjunto de cidadãos que compõem a sociedade politicamente organizada, não sendo diretamente titularizadas individualmente por cada membro da sociedade¹⁶⁸. De outro modo, a satisfação da necessidade pública deve se revelar espontânea, a significar que deve estar concretizada e atendida antes de ser percebida ou sentida como “necessária”. Vale dizer, “[e]n el proceso de satisfacción de las necesidades privadas la existencia de la insatisfacción es logicamente previa a la actividad humana dirigida a remediarla. Por el contrario, en las necesidades públicas debe producirse una satisfacción preventiva de las mismas”¹⁶⁹.

Não se pode ignorar, entretanto, como observa o professor ALIOMAR BALEEIRO, que a definição do objetivo da despesa pública se funda, em sua essência, em critérios políticos, que se revelam, em termos concretos, na consideração dos valores e interesses dos grupos detentores de poder. Admite-se, pois, que o sentido da despesa pública nem sempre se direciona no sentido que se almeja da atuação estatal, porque, não raro, sua atuação se rege por critérios de irracionalidade ou por interesses ocultos.¹⁷⁰

Portanto, a tomada de decisão despesista, apesar de reconhecidamente calcada em fundamentos políticos, não pode ser estabelecida sem a definição mínima de critérios. Conforme adverte o professor ALIOMAR BALEEIRO¹⁷¹, é preciso que a atuação pública se oriente pelo critério racional do “*principio da máxima vantagem social*”, alargando, na medida

¹⁶⁶ Cfr.: MARQUES, Hernani; MANSO, Paiva; FERREIRA, Bacelar. **Lições de Finanças**. Coimbra: Atlântida, 1932, p. 11. No mesmo sentido, seguindo as lições do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 103): “o interesse público, neste contexto, assumirá uma conotação eminentemente jurídico-financeira e materializar-se-á numa *necessidade colectiva* erigida à dimensão de necessidade fundamental, a ponto de dever ser o Estado ou outro ente público a cuidar da sua satisfação”.

¹⁶⁷ Cfr.: PEREZ DE AYALA, Jose Luis; AMOROS RICA, Narciso. **Hacienda Publica (apuntes)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, p. 31-32.

¹⁶⁸ Ver-se-á mais adiante que esse interesse geral pode ser exercido difusamente pela coletividade, transparecendo a falsa impressão de divisibilidade da necessidade pública tutelada. Apesar do reconhecimento da abrangência coletiva da necessidade pública, em algumas situações, a sua satisfação acaba alcançando destinatários definidos, como, por exemplo, na concretização do direito à saúde e à vida digna.

¹⁶⁹ Cfr.: PEREZ DE AYALA, Jose Luis; AMOROS RICA, Narciso. **Hacienda Publica (apuntes)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, p. 32.

¹⁷⁰ Essa reflexão será melhor analisada mais adiante, sobretudo a partir de reflexões em torno dos contributos da economia comportamental.

¹⁷¹ Cfr.: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 69-70.

do possível, o atendimento das necessidades coletivas. E isso somente é possível “tanto mais lúcidos, cultos e moralizados sejam os governantes”¹⁷², ou, em termos mais atuais, mais probos, honestos e tecnicamente capacitados forem os gestores públicos, mais se observará o pleno atendimento da máxima vantagem social.

Esse processo, entretanto, não pode se despir de alicerces democráticos, não sendo admissível ser erigido sobre edifício de arbitrariedade. Vale dizer, não obstante a imprescindibilidade da autoridade do Estado, à sua legitimação, exige-se que a definição da política pública configure resultado de amplo processo democrático participativo de tomada de decisão das necessidades públicas a serem satisfeitas¹⁷³.

É bem verdade, registre-se, que a manifestação de cidadania¹⁷⁴ pode resultar deturpada se o indivíduo que o titulariza não dispõe de nível instrucional e formação ético-cidadã suficiente para exercer livremente sua escolha¹⁷⁵. Ressalte-se a compreensão de que a base

¹⁷² Cfr.: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70. A ilustrar a afirmação, sustenta citado autor que “*se o país for dominado por uma elite rica e requintada, esta exigirá do governo, provavelmente, construções de luxo e obras de conforto ou embelezamento*” (*ibid.*, p. 70).

¹⁷³ Nesse sentido, cfr.: MOLINA MOLINA, José. **Ciudadano y gasto público**: por una gobernanza transparente y participativa. Pamplona: Aranzadi, 2014, p. 69-72; ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 139-140. Este autor, inclusive, aponta, com amparo no artigo 115.º, da Constituição portuguesa, a possibilidade de escolha pública democrática ser realizada por instrumentos de referendo (locais ou nacionais). Ainda, cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62. Oportuno destacar que, sobre esse ponto, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178) afirma que “uma das mudanças institucionais mais importantes registradas no século passado, ainda pouco notadas e insuficientemente estudadas quanto ao seu potencial de transformação política e social, foi, sem dúvida, a transmutação paulatina da *democracia representativa* para uma *democracia participativa*.”.

¹⁷⁴ Sobre o tema, José Casalta Nabais (CASALTA NABAIS, José. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 137. p. 09-37, jan-fev. 2021. p. 21) afirma os elementos constitutivos da noção de cidadania: “1) a titularidade de um determinado número de direitos e deveres em uma sociedade específica; 2) a pertença a uma determinada comunidade política (normalmente o Estado), em geral vinculada à ideia de nacionalidade; e 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade por meio da sua participação”.

¹⁷⁵ Sem pretender lançar maiores reflexões sobre o tema, é possível destacar que essa fragilidade da percepção individual de cidadania tenha por causa uma deformação na educação inicial, em que são firmadas as bases da relação com a sociedade e com o Estado. Nas palavras do professor José Casalta Nabais (CASALTA NABAIS, José. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 137. p. 09-37, jan-fev. 2021. p. 11): “O que mais não significa do que uma crítica ao actual sistema de ensino básico e secundário, que não integra minimamente a educação ou formação para a cidadania, embora afogue os alunos com diverso e variado lixo académico sem o menor sentido ou proveito, no quadro do que nos parece ser mais uma analfabetização em sede da cidadania a que vem conduzindo a presente programação política da educação básica e secundária no nosso País”. De outro modo, JOSÉ AFONSO DA SILVA (cfr. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 127-128), ao se opor a “democracia possível”, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, critica o que denomina de “elitismo democrático”, pois entende não ser possível admitir a insuficiência intelectual ou informacional do cidadão como impeditivo à participação democrática. Ao assim proceder, segundo José Afonso da Silva, “a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que se devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento

dessa formação deve se firmar em torno da educação, pois somente a compreensão plena do indivíduo de seu papel na sociedade e no mundo, com exata noção dos direitos e obrigações a que se submete e que pode exigir, admitir-se-á sociedade verdadeiramente plural, democrática e livremente construída¹⁷⁶.

Nessa hipótese, ausente liberdade de escolha, a democratização na definição pública, em verdade, somente serviria a legitimar a escolha já efetivada por grupo dominante. Por essa razão, insiste-se aqui na concepção que não se satisfaz com a visão restritiva, minimalista e perigosa, que considera suficiente a “democracia eleitoral” à efetividade da construção democrática¹⁷⁷.

Com efeito, a participação democrática e a edificação de todo o sistema que dela decorre exigem a implementação de várias condicionantes a serem observadas pela sociedade e pelo próprio Estado. É nesse sentido que JOAN PRATS I CATALÁ¹⁷⁸ apresenta, com base nas ideias de Dahl, standards para elaboração de um conceito empírico de democracia, fundado na realização do valor da igualdade política, que se destina a assegurar a capacidade dos cidadãos em influenciar igualmente nas políticas do Estado. Assim, a conferir efetividade à perspectiva democrática, ressalta a necessidade de participação efetiva, igualdade de voto, possibilidade de entendimento informado e exercício do controle final sobre agenda¹⁷⁹.

peçoal, enfim, tudo se amalgama com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos. Só numa democracia pode o povo exigí-los e alcançá-los” (ibid., p. 128).

¹⁷⁶ Sem pretender adentrar no polêmico debate a respeito da amplitude do sufrágio e sem lançar notas conclusivas acerca da proposta apresentada, já que se distancia da ideia presente de ampliação da participação política popular, não se pode desconsiderar, sob pretexto de provocar a devida reflexão, o pensamento de John Stuart Mill, apresentado por NOBERTO BOBBIO (Cfr.: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 85-86), no sentido de, buscando atenuar as falhas do sufrágio ampliado, sugerir a aplicação do voto plural, segundo o qual, sem subtrair o direito de que todos devam ter direito ao voto, confere maior qualidade ou peso ao voto dos eleitores mais instruídos, cabendo igualmente essa possibilidade aos que solicitassem e passassem por exame.

¹⁷⁷ Cfr.: PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico. **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, v. 10. p. 103-148, 2001, p. 134. Essa visão reducionista pode resultar em graves prejuízos à sociedade e ao sistema democrático: “*Se trata de una concepción minimalista que aunque ofrece interesantes ventajas de medición ignora hasta qué punto las elecciones multipartidistas pueden encubrir la discriminación o la no participación de sectores significativos de la población en la competencia electoral o la defensa de intereses, o el dominio por actores poderosos de recursos de poder no sujetos a la responsabilización ante las autoridades electas, o, sencillamente, la violación contumaz de derechos humanos fundamentales*”.

¹⁷⁸ Cfr.: PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico. **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, v. 10. p. 103-148, 2001, p. 134

¹⁷⁹ Essa complexa questão da democracia foi tratada de forma profunda pelo professor francês PIERRE ROSANVALLON (cfr.: ROSANVALLON, Pierre. **O Parlamento dos invisíveis**. Trad. Thais Florêncio de Aguiar. São Paulo: Annablume, 2017). Dentre os relevantes aspectos abordados, o autor chama a atenção para o dilemático problema da participação política e representação democrática: “[d]e um lado, a democracia pretende colocar o povo como soberano coletivo, no posto de comando; de outro, ele sacraliza o indivíduo, pois é a partir da valorização de sua autonomia e de seus direitos que se constitui o ideal moderno de igualdade. Assim há,

Essa exigência não é supérflua. Objetiva firmar democracia substantiva, como cenário ideal para tutela e consolidação do “bem comum”. Com essa permanente vigilância, estabelece-se a possibilidade de tutela contra a tentadora inclinação às “pseudodemocracias” e “nodemocracias”¹⁸⁰.

Com isso, quer-se afirmar que a definição de políticas públicas apresenta-se tão mais legítima à medida em que resulta de processo de efetiva participação popular na tomada de decisão, não apenas através de garantia formal de escolha de representantes e eventual consulta sobre a escolha pública, mas, sobretudo, através da elevação da informação e formação dos indivíduos e da ampliação dos canais de manifestação sobre os anseios da sociedade¹⁸¹.

Constrói-se, assim, a base da formação da ideia do Estado Democrático de Direito (Brasil – art. 1º, da Constituição), Estado de Direito Democrático (Portugal – art. 2º, da Constituição) e Estado Social e Democrático de Direito (Espanha – art. 1º), todas firmes e fundadas “no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das

desde a origem, uma contradição entre o princípio *político* da democracia e seu princípio *sociológico*. O princípio político consagra o poder de um sujeito coletivo, e o princípio sociológico tende a dissolver sua consistência e a reduzir sua visibilidade. Um mundo de indivíduos tem sido condição de igualdade ao mesmo tempo em que problema para a constituição do comum” (*ibid.* p. 16-17).

¹⁸⁰ Cfr.: PRATS I CATALÀ, Joan. Governabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico. **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, v. 10. p. 103-148, 2001, p. 137. Segundo referido autor, “[s]e trata de categorías de regímenes políticos que se encuentran entre la democracia electoral minimalista y los sistemas genuinamente autoritarios”, estando presentes em “regímenes en que la existencia de instituciones políticas formalmente democráticas, tales como la competencia electoral multipartidaria, enmascara (a menudo para legitimar) la realidad de una dominación autoritaria. Un tipo de pseudodemocracia es el integrado por el régimen de partido político hegemónico en el que el partido gobernante usa extensivamente la coerción, el patronazgo, el control de los medios y otros recursos que en conjunto niegan a los partidos de la oposición la oportunidad real de competir por el poder, lo que se traduce en el control masivo por el partido hegemónico del ejecutivo, el legislativo, los gobiernos subnacionales así como la sumisión del poder judicial”. Ainda, “[l]a pseudodemocracia abraza también aquellos regímenes de competencia electoral multipartidaria en los que el proceso electoral ofrece alguna oportunidad a la oposición pero se encuentra falseado por el abuso de recursos de poder que realiza el partido o la coalición en el gobierno, con lo que la oposición no tiene oportunidad real de acceder sino a posiciones de poder subalterno” (*ibid.* p. 137).

¹⁸¹ Conforme destaca JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137), imperioso conceder possível concreção à atuação política do povo, notadamente no sentido de conferir “a possibilidade de participação permanente do povo no processo político e na ação governamental por meio de institutos de democracia direta”, consagrando, assim, a democracia participativa. São exemplos dessa atuação no direito brasileiro, dentre outros: direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF/88); iniciativa popular de lei (art. 61, § 2º, CF/88); referendo (art. 14, II, CF/88); plebiscito (art. 14, I, CF/88); ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88); fiscalização popular das contas públicas (art. 31, § 3º e 74, § 2º, CF/88); participação popular na Administração Pública (art. 37, § 3º, CF/88); audiência pública (art. 58, § 2º, II, CF/88). Realça-se, assim, também no processo de definição de políticas públicas, o importante papel desempenhado pelas diversas formas de controle social, que, consoante alerta o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 226), consubstanciam “formas de reação tão legítimas quanto as formas jurídico-institucionais, não se podendo deixar de reconhecer que a vivência comunitária nos quadros de um Estado de Direito e Democrático não se compadece com uma atitude passiva e inerte, nem se esgota com a simples participação eleitoral por via do voto”.

instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático”¹⁸².

Na base da construção democrática da modernidade, firma-se a centralidade do interesse político da coletividade, substancialmente dirigida ao respeito da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, “*sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história*”¹⁸³.

Observe-se, à guisa de ilustração, as Constituições brasileira, portuguesa e espanhola, que expressamente reconhecem a fortaleza da soberania popular, exercida em conformidade com os preceitos constitucionais; a subordinação do Estado a essa condição como requisito para legitimação democrática; e o reconhecimento do imperativo de atuação estatal convergente à promoção do bem-estar da coletividade¹⁸⁴.

Reconhece-se, pois, a legitimidade do Estado na medida em que volta sua atuação à tutela dos interesses da coletividade, sendo a participação democrática justamente o elo que valida agir estatal e soberania popular. Vale dizer, com esses instrumentos de democracia participativa, se “*espera que a complementaridade entre as formas de representação política e as formas de participação política funcione como corretivo a certas dificuldades do sistema político, diminuindo, inclusive, a distância que separa os representantes dos eleitores*”¹⁸⁵.

Evidentemente, não se está a afirmar que o Estado, a fim de maximizar a busca pela concretização dos interesses gerais da coletividade, deva mover-se exclusivamente de acordo com a vontade da maioria do povo, porque isso implicaria o reconhecimento de que interesses de grupos hegemônicos sempre haveriam de prevalecer.

¹⁸² Cfr.: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 117. Ainda, cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108. Percebe-se que o Estado Democrático de Direito surge justamente como reação ao Estado Liberal, que afirmava a exclusão da participação popular na formação da vontade estatal. Cfr.: BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50. Não obstante, conforme observa NORBERTO BOBBIO (Cfr.: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 64-66), ideais liberais e método democrático foram gradualmente se combinando, formando interdependência entre eles a ponto de não ser concebível atualmente admitir Estado liberal que não fosse democrático, nem Estado democrático que também não fosse liberal, pois i) o método democrático é necessário para salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal e ii) a salvaguarda desses direitos é imprescindível para o bom funcionamento do método democrático.

¹⁸³ Cfr.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126. Assim, conclui citado autor, que “*a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”.

¹⁸⁴ A ideia exposta pode assim ser observada: Constituição brasileira: artigos 1º, caput e parágrafo único; art. 3º, IV; Constituição portuguesa: artigos 3º, 1 e 2; 9º, “d”; 266º, 1; Constituição espanhola: artigos 1º, 1 e 2; 103º.

¹⁸⁵ Cfr.: MORAES, Filomeno. A propósito dos Primeiros 20 Anos da Constituição Federal: democracia, república e reforma política. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. LXXII.

Note-se, assim, que o conceito de participação democrática não propõe o aniquilamento da decodificação estatal. A definição democrática da política pública, nesse sentido, deve acomodar os valores difusos da coletividade, traduzindo as vontades da maioria e minoria à luz dos interesses públicos normativamente estabelecidos. Essa observação é importante, para cumprir a advertência exposta pelo professor MARCELLO CAETANO¹⁸⁶, no sentido de que a democracia não é, por si só, garantia de limitação do Poder político, que pode, viciadamente, apenas se projetar e se transferir a uma maioria triunfante, cônica e tendenciosa a fazer a prevalecer seu programa enquanto dispuser de força.

Segue-se, assim, fluxo cíclico e recíproco de substanciação, em que a vontade soberana do povo atribui legitimidade à atuação estatal, que, por sua vez, concentra esforços a conferir maior participação política à coletividade, cujo resultado sinérgico é a construção do interesse público.

Com essas premissas teóricas, é possível partir para a definição dos instrumentos necessários ao enfrentamento dos problemas sociais, através da indicação da escolha das políticas públicas estatais, implementadas com o objetivo primordial de “*tomar providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados*”¹⁸⁷.

Portanto, identifica-se, a partir da interação com a sociedade e da iteração do problema individual, o problema coletivo a reclamar atuação do poder público, que é seguido do reconhecimento da intenção do Estado em solucioná-lo a partir da observação de que aquela dificuldade não se compatibiliza com o interesse público, e, então, assume-se a necessidade pública a ser satisfeita pelo Estado, frise-se, a partir da definição das políticas públicas respectivas.

É notória a dificuldade, na construção democrática, conforme adverte NORBERTO BOBBIO¹⁸⁸, da perfeita identificação e harmonização das demandas da sociedade, resultando, assim, na “ingovernabilidade das democracias”, marcada, dentre outros fatores, por múltiplos interesses contrapostos, sem alcançar satisfazer um deles sem causar dano a outro, em cadeia indeterminável. Essa realidade também é agravada em razão da fragmentariedade do poder decisório, que, apesar de considerar a ampliação da participação popular, acaba por formar

¹⁸⁶ Cfr.: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 334.

¹⁸⁷ Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 459.

¹⁸⁸ Cfr.: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 102-107.

centros difusos de deliberação¹⁸⁹ e, assim, fomentar cenário favorável ao surgimento de conflitos sociais no processo de escolha pública.

Aproximando o debate para o âmbito das finanças públicas, é possível observar que essas importantes reflexões, que pautam o próprio funcionamento do Estado, desenham os contornos necessários para tomada de decisão despesista. Mas, nesse particular, a atuação pública se mostra ainda mais complexa, se observada a premissa de que a efetivação desses direitos inafastavelmente representa custos ao Estado¹⁹⁰.

Portanto, não bastassem os elementos sócio-políticos e os conflitos de interesses existentes na sociedade, a questão se torna ainda mais dramática à vista da insuficiência de recursos estatais. Vale dizer, a definição do gasto público, como resultado de adoção de determinada política pública, sujeita-se a inafastável limitação de recursos públicos, impondo ao decisor, para além de observar todas aquelas condicionantes que lhe conferem plena legitimidade, o dever de trilhar percurso coerente com disponibilidade financeira.

Instaura-se realidade que empurra o Estado para resistência à concretização de direitos, não obstante o seu expreso reconhecimento, pois, diante da indisponibilidade de recursos, deixa de assumir a condição de garantidor universal. Basta uma rápida vista nas cartas constitucionais a se observar que a promessa é mais fecunda do que a estéril realidade orçamentária.

Deve-se, pois, moldar-se a ideia de plena garantia de direitos a uma perspectiva de inevitável adequação aos limites dos recursos disponíveis. Ignorar a insuficiência de recursos no discurso de proteção a direitos fundamentais importa, paradoxalmente, em acentuar a violação aos mesmos direitos, porquanto o Estado passa a se desplanejar na maximização do atendimento das necessidades coletivas, de modo que, a pretexto de ampliar a concretização de direitos, acaba mesmo por arrefecer essa atuação.

Em torno desse problema erigiu-se o que a doutrina denomina de “princípio da reserva do possível”, ideia de origem econômica que acabou aplicada ao Direito, que se apresenta como

¹⁸⁹ À guisa de ilustração, pode-se citar, para além dos atores constitucionalmente revestidos da função de definição de políticas públicas (poder executivo e legislativo) e da sua redefinição (poder judiciário), agentes públicos, mídia, empresas, sindicatos e associações corporativas, entidades paraestatais, grupos de pressão, movimentos sociais, associações comunitárias. Decerto, “sem dificuldade se vê que este é um controlo difuso, quer do ponto de vista dos atores, quer do ponto de vista dos efeitos, embora não seja um controlo negligenciável nas sociedades abertas e democráticas” (Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 226).

¹⁹⁰ Sobre o problema da limitação orçamentária à concretização de direitos, considerando o custo à sua efetividade, cfr.: SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. New York: Norton, 1999; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

limitação fática à efetivação de direitos fundamentais, que submete a sua concretização aos limites dos recursos efetivamente disponíveis ao ente público. Decerto, apesar de ter formado corpo nesse sentido, como adverte a doutrina¹⁹¹, na verdade, sua aplicação originária no mundo jurídico apresentava abrangência mais ampla a abarcar também a restrição ao destinatário dos direitos fundamentais vindicados, de modo a considerar que também deve se ressaltar a atuação estatal quando o indivíduo for titular de disponibilidades financeiras suficientes para, per se, custear a eficácia do direito pretendido. Essa construção, iniciada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão na década de 1970, especialmente a partir do julgamento conhecido como “*numerus clausus*”¹⁹², acabou por firmar o entendimento no sentido de que a eficácia de prestações estatais deve guardar proporcionalidade ao que indivíduo pode exigir do Estado.

Com o tempo, a aplicação do princípio da reserva do possível apresentou-se como principal argumento de defesa estatal em demandas judiciais, passando a Fazenda Pública a invocar sempre genericamente a escassez de recursos públicos para justificar a negativa de determinada prestação vindicada judicialmente (componente fático da reserva do possível). Em hipóteses menos frequentes, geralmente relacionadas a prestações materiais de maior amplitude, invoca-se também componente jurídico da reserva do possível, assim entendido como a ausência de autorização orçamentária ao adimplemento da obrigação pretendida.

Não obstante sua admissão na jurisprudência dos tribunais brasileiros e portugueses, seu acolhimento sempre foi visto com reservas, à míngua da necessidade de comprovação da alegação. Vale dizer, o Poder Público, em geral, não desenvolveu maiores esforços a

¹⁹¹ Cfr.: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29-30.

¹⁹² Em discussão pelo Tribunal Constitucional alemão, em 1972, BVerfG 33, 303, a validade da restrição de vagas para estudantes em Universidade pública para o curso de medicina, haja vista que os interessados superavam oportunidades disponíveis. Enfrentando o tema, o Tribunal Constitucional findou por reconhecer direito ao acesso ao ensino, embora tenha reconhecido que a prestação material “*se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade*” (cfr.: SARMENTO, Daniel. Artigo 6º. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 375. Em termos mais precisos, reconheceu o Tribunal Constitucional (Cf. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 658) que: a) o direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, do qual decorre um direito à admissão ao curso universitário; b) esse direito pode ser limitado, a critério da capacidade política do legislador, mediante previsão legal que estabeleça os requisitos para efetivação da restrição de acesso, desde que i) seja determinada nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e ii) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino. Por essa razão, concluiu que “o § 17 da lei universitária de Hamburg de 25 de abril de 1969 é incompatível com a Grundgesetz, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha”.

demonstrar, técnica e faticamente, os impedimentos orçamentários a justificar a impossibilidade de atendimento de determinado direito ou implementação de política pública. Portanto, essa omissão comprobatória acaba resultando na improcedência da alegação, contribuindo para a maior intervenção jurisdicional.

À guisa de ilustração, ressalta-se aqui o quanto decidido, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 727864¹⁹³, em que se discutiu a obrigação jurídico-constitucional de assistência à saúde e de proteção à vida, a se impor ao Estado custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes atendidos pelo poder público, nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Para além da conclusão de reconhecer o dever constitucional à prestação material de assistência à saúde, considerou-se por relevante que essa concretização se condiciona às possibilidades orçamentárias do estado, de modo que não poderá ser exigida se devidamente comprovada a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Não obstante, colhe-se do inteiro teor do voto do relator “que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Em Portugal, sem pretender adentrar em seu conteúdo específico, oportuno destacar o julgamento realizado pelo Plenário do Tribunal Constitucional no proc. n.º 768/02 (acórdão n.º 509/02)¹⁹⁴, com relatoria do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, em que se analisou a constitucionalidade do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, que estabelecia a revogação do *rendimento mínimo garantido* previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, passando a ser substituído pelas novas condições e adaptações impostas pela nova legislação (com especial destaque para a previsão que passava a considerar como titulares do direito, em caráter restritivo, cidadãos com idade igual ou superior a 25 anos, ao passo que a regra anterior estabelecia a titularidade do direito a cidadãos com idade igual ou superior a 18 anos). No julgamento, concluiu-se que a “norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”, admitindo como válida, pois, que a retrocessão

¹⁹³ Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 727864**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 nov. 2014. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹⁹⁴ Julgamento realizado em 19.12.2002, concluindo, por maioria (vencidas as conselheiras Carlos Pamplona e Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, pela inconstitucionalidade do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX. Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em 01 fev. 2021.

social, para além de outras condicionantes, somente poderia ser atingida se estivesse lastreada em “comprovada incapacidade material financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional”.

As referidas posições dos Tribunais constitucionais indicam, com especial relevância, os limites de acomodação da teoria da reserva do possível, que passa a exigir a efetiva demonstração do impacto financeiro/insuficiência de recursos e a submeter-se à tutela do mínimo existencial.

Para acomodação do princípio da reserva do possível, serve de partida a necessária confrontação entre esse a escassez de recursos e a garantia do mínimo existencial, que, inegavelmente, desponta como um dos grandes problemas públicos estatais, sobretudo de Estados menos desenvolvidos.

Sem se desviar do rumo que orienta este trabalho, importante observar que o princípio da reserva do possível, para além de significar limitação fática à concretização de políticas públicas, acaba por se projetar a momento anterior, apresentando-se, também, como critério objetivo de escolha.

A definição de políticas públicas revela as opções estatais com o fim necessário de atingimento do interesse público, notadamente os direitos sociais, econômicos e culturais constitucionalmente tutelados, manifestando, assim, escolha pública quanto à afetação material de recursos, sempre observando as condições econômicas e orçamentárias estatais, pois, nesse conflito de competências constitucionais, “*a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica*”¹⁹⁵.

A seguir esse percurso, ainda que as referências ao princípio da reserva do possível sejam mais presentes nos litígios judiciais, deve-se conferir especial importância à

¹⁹⁵ Cfr.: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30-31. Ainda nesse sentido: “*Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um ‘custo dos direitos’ (por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa*” (ibid., p. 31).

disponibilidade de recursos como imperativo e critério de escolha a pautar a tomada de decisão pública, não sendo suficiente apenas a virtuosa intenção de concretização de direitos.

Em outras palavras, esse parâmetro objetivo deve orientar a atuação do Poder Público para realizar escolhas e, assim, deixar de adotar determinada política pública, ante a necessidade de observar os impactos gerais econômicos e financeiros. O Estado, sem recursos disponíveis para o atendimento de todas as necessidades, tendo em mira as disponibilidades econômicas, pretere alguma política pública e passa adotar outra que reputa mais relevante.

Esse conflito axiológico na concretização de direitos abstratamente exigíveis do Estado, nitidamente polarizado no cenário de aridez de recursos, aflui à tormentosa compulsão estatal a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”¹⁹⁶, que acabam por justificar a posição a favor de políticas públicas, com exclusão de outras tantas. Essas escolhas se tornam ainda mais complexas em vista da escassez de recursos públicos, revelando, com isso, um descompasso “entre as demandas da sociedade e as correspondentes capacidades jurídico-administrativas do Estado. Consectariamente, na impossibilidade fática de aplicar recursos ótimos em todas as áreas deficitárias, o gestor público deve realizar escolhas alocativas trágicas”¹⁹⁷.

Aqui, tem-se fundamento político a legitimar a escolha pública, por entender que, como exposto anteriormente, o Estado deve estabelecer, a partir de parâmetros constitucionais e legais, as políticas públicas compatíveis e adequadas ao atingimento do interesse público.

Conjuntamente, pois, essas considerações estão a demonstrar a indiscutível determinação política, enquanto manifestação de poder decisório, na definição das políticas públicas. Para tanto, não basta a correta e precisa vinculação aos textos legais e constitucionais, porquanto a limitação de recursos se apresenta como condicionante, real e relativa, à interpretação (consequencialista ou não).

Não por outra razão, na ponta da definição despesista, o gestor não pode perder de mira, além dos requisitos legais e dos fins constitucionalmente estabelecidos, os recursos disponíveis para o atingimento de suas finalidades. Em verdade, mais que isso, o ato despesista não se considera regular e lícito no dissimulado respeito ao interesse público e no atendimento aos limites estabelecidos na lei orçamentária. Não basta. A despesa pública deve, isto sim, significar a escolha pública pautada em critérios tendentes à objetividade, voltada ao verdadeiro interesse público e com a pretensão de racionalização da utilização dos recursos disponíveis.

¹⁹⁶ Cfr.: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W.W. Norton, 1978.

¹⁹⁷ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 2**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 15 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 23 set. 2021.

Afirma-se, assim, sem nenhuma novidade, que há aparente descompasso entre o dever-ser atribuído ao decisor público administrativo e sua atuação prática despesista, ocasionando, com certa frequência, danos ao Erário e responsabilização pessoal pela ilícita gestão de recursos públicos. Em parte, essas irregularidades são verificadas por ofensa aos preceitos legais que impõem requisitos e critérios para a prática de atos administrativos, como se observa, a título meramente exemplificativo, em situações destacadas pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA¹⁹⁸: excesso de informalidade, falta de rigor e preterição de fases; incompetência para a decisão de contratar; inconsistências nos registros; ausência de fundamentação legal; ausência de fundamentação econômico-financeira; falta de controle dos montantes pagos etc.

No entanto, é preciso reconhecer que há irregularidades praticadas (algumas delas sequer conhecidas) que estão ancoradas em traços de interesses desviados, que representam conteúdo finalístico de justificação na tutela de interesses privados ou de natureza diversa da coletividade. Vale dizer, o gestor se justifica e legitima a conduta no interesse público para, de fato, conferir primazia a interesses particulares, individuais ou coletivos.

É bem verdade que essa realidade, de tão comum, já há algum tempo é censurada pelo Direito, que dedica legislação, doutrina e jurisprudência sobre o chamado desvio de poder.

Aqui, a abordagem proposta intenta retroceder na análise para, não ignorando a relevância do controle do ato administrativo eivado de nulidade por desvio de finalidade, perscrutar sobre fatores que contribuem para a tomada de decisão da escolha pública e, por assim dizer, na definição da despesa pública, como ato administrativo concreto¹⁹⁹.

Caminha-se, pois, à fronteira do Direito com a Economia para, buscando melhor compreender os contributos das lições da economia comportamental aplicáveis à gestão pública, perspectivar indicativos de eficiência e limitação à efetivação do ato despesista.

¹⁹⁸ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 20.

¹⁹⁹ A ideia aqui adotada é tratar o ato despesista como verdadeiro ato administrativo, a exigir do agente público o preenchimento de todos os requisitos para sua regular edição. Em outras palavras, “*el acto administrativo de gasto no constituye ninguna categoria particular al margen o en contraposición a la de acto administrativo general. La especialidad de estos actos reside en el órgano del que emanan, que será un órgano de la Administración Financiera, y en el fin al que se orientan, que no es outro que la realización de un gasto público*” (ELENO RODRÍGUEZ, David. Acto administrativo y relación jurídica de gasto. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 71).

2. Análise econômica da despesa pública: contributos da economia e da teoria da escolha pública

Não constitui qualquer novidade a aproximação econômica da despesa pública, que, na essência, envolve minoração das riquezas estatais. Vale dizer, em termos absolutos, o Estado desfaz-se de seu patrimônio orientado por finalidade legalmente estabelecida, sempre atento à prossecução do interesse público. Esses contornos múltiplos do ato despesista em nenhum momento fazem desaparecer sua natureza substantiva original a corresponder essencialmente a aplicação de disponibilidade econômica. Essa observação que parece óbvia merece destaque justamente a revelar que, apesar de o fenômeno compreender leitura multidisciplinar, sua natureza é reconhecidamente econômica²⁰⁰. É a partir dessa consideração substancial preliminar que o Direito, desde a base normativa existente, preocupa-se em “establecer los procedimientos administrativos para realización de gastos, diseñar el esquema de competencias de los distintos órganos a través de los cuales se produce la actuación del Estado en esta materia y regular los efectos jurídicos que se derivan de tal actuación”²⁰¹.

Comunga-se, desse modo, da ideia de JEAN TIROLE²⁰², que percebe gradativo processo de retomada positiva da unidade investigativa das ciências humanas e sociais, em reconhecimento da indissociabilidade de reflexão plural dos mesmos fenômenos sociais, de modo a entender pela indispensabilidade de que esses diversos campos disciplinares se abram e se retroalimentem.

²⁰⁰ Considera-se, assim, a despesa pública como “la parte de la riqueza nacional ‘directa y muy diversamente’ empleada para la producción de los servicios públicos que tratan de conseguir fines económicos y extraeconómicos de interés general” (cfr.: GANGEMI, Lelo. **Tratado de Hacienda Publica**. Vol I. Trad. Francisco Fernández Flores. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964, p. 318). Essa afirmação não abandona, por óbvio, a percepção de que a despesa pública se apresenta sob diferentes ângulos: “La perspectiva económica de reparto de bienes escasos susceptibles de usos alternativos. La perspectiva política sobre tareas que há de desarrollar el Estado en la comunidad. La perspectiva jurídica de organización de la actividad financiera en cuanto a la realización del gasto se refiere” (cfr.: FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Instituciones de Derecho financiero**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 72). Apenas se reconhece que esses diferentes aspectos da despesa pública não lhe alteram a substância de fato econômico.

²⁰¹ Cfr. MIAJA FOL, Miguel. Actividad Financiera y presupuesto de gastos. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 34. Ainda nas palavras do referido autor, “[e]l gasto público es una realidad económica que el Derecho pretende disciplinar”.

²⁰² Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 131. Segue-se, pois, caminho inverso àquele construído pela economia no século XX, em que se desconectou do conjunto das ciências sociais e humanas, passando a constituir identidade própria. Por isso, a partir da aproximação da economia aos achados de outras ciências sociais, afirma JEAN TIROLE que “a antropologia, o direito, a economia, a história, a filosofia, a psicologia, a ciência política e a sociologia formam apenas uma única e mesma disciplina, pois têm os mesmos objetos de estudo: as mesmas pessoas, os mesmos grupos e as mesmas organizações” (ibid. p. 131; 161).

Por essa razão, impossível não observar a despesa pública, também, como fato econômico, que compõe o complexo processo de gestão dos recursos públicos. Essa variável, pois, sujeita-se a fatores intrínsecos e extrínsecos ao próprio mercado, influenciando reciprocamente as definições públicas. E, com essa perspectiva, reconhecer a necessidade de abandono da reflexão irreal da tomada de decisão pública, como se correspondesse exatamente às preferências dos cidadãos²⁰³.

Não se pretende aqui desviar o rumo da investigação para, então, realinhar as reflexões para o campo exclusivamente econômico, pois, à toda evidência, por maior esforço empenhado, careceria de base formativa e desvirtuaria o sentido proposto.

No entanto, não se pode ignorar que a compreensão econômica, ainda que superficial, da tomada de decisão despesista, muito pode contribuir para a aferição dos limites de sindicabilidade jurídica da escolha pública, notadamente por observar quais traços de cientificidade econômica poderiam ser exigidos ou impostos à conduta pública. Busca-se, assim, em convergência com as ideias de JEAN TIROLE²⁰⁴, valer-se da economia para indicar referencial de equilíbrio, a rechaçar tanto a ideia de “mercado total”, estruturada em torno da intangibilidade da propriedade privada e dos interesses individuais; como a do “Estado total”, que amplia sua margem de atuação a ponto de escorar a utilização da intervenção estatal como subterfúgio à tutela de valores e interesses privados. Pauta-se, pois, em relação de complementariedade entre mercado e Estado, de modo que, na busca do bem-estar para a comunidade, passa-se a observar as dimensões individual e coletiva do sujeito, “*analisando as situações em que o interesse individual é compatível com essa busca de bem-estar coletivo e aquelas em que, ao contrário, ela constitui um entrave*”²⁰⁵.

²⁰³ Cfr.: ROSEN, Harven S.; GAYER, Ted. **Finanças públicas**. 10 ed. Trad. Rodrigo Dubal. Porto Alegre: AMDH, 2015, p. 116. Argumentam os autores que, em verdade, essa visão é falha, pois o agente público (governo) tenta aumentar ao máximo seu interesse pessoal: “[e]mbora a discussão sobre a tomada de decisão pública até aqui ilumine algumas questões importantes, ela é baseada em uma vista irreal do governo: é essencialmente um computador potente que extrai de cidadãos suas preferências e usa essas informações para produzir decisões sociais. O Estado não tem nenhum interesse próprio; é neutro e benigno. Na verdade, naturalmente, o ato de governar é realizado por pessoas: políticos, juizes e burocratas, entre outros. Os modelos realistas de economia política devem estudar as metas e o comportamento das pessoas que a governam”.

²⁰⁴ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 13. Sobre esse ponto, aliás, corrige visão comum manifestamente maniqueísta: “[n]ossa escolha de sociedade não é uma escolha ente Estado e mercado, como intervencionista e adeptos do laissez-faire gostariam de nos fazer crer. O Estado e o mercado são complementares, e não excludentes. O mercado precisa da regulação e o Estado, de concorrência e incentivos”. Essa é dinâmica da relação de mútua dependência entre Estado, mercado e indivíduo, pois “o Estado não consegue fazer seus cidadãos viverem (dignamente) sem o mercado; e o mercado precisa do Estado: não só para proteger a liberdade de empreender e salvaguardar os contratos através do sistema jurídico, como para corrigir suas falhas” (*ibid.*, p. 171).

²⁰⁵ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 13.

É com essa perspectiva que, não de hoje, confere-se especial relevo aos contributos da economia comportamental, desenvolvida especialmente a partir da insuficiência do modelo de “*homo aeconomicus*”, reconhecendo que o agente acaba por desenvolver comportamentos mais irracionais e sujeitos a influências externas do que se imaginava²⁰⁶. Parte-se, assim, da refutação à falsa premissa de que o ser humano é dotado de racionalidade suficiente a praticar atos decisórios imunes a externalidades ou falhas de mercado. Como já visto, mesmo a conduta desinteressada sofre influxos de valores, preconceitos, experiências, preferências e graus de informação que acabam por inclinar a tomada de decisão.

Com efeito, essa corrente econômica observa que, sob o ponto de vista econômico, a tomada de decisão se fundamenta em fatores que escapam ao viés cognitivo econômico. Omite-se qualquer valoração a essa observação, não se lhe atribuindo visão negativa ou positiva, mas, apenas, assertiva, para considerar incentivos e comportamentos como parte integrante das escolhas realizadas pelos atores sociais, de modo que, seja qual for a função desempenhada na sociedade, todos indivíduos reagem aos incentivos aos quais são expostos²⁰⁷. Acentuando essa complexidade, ainda se observa que a tomada de decisão pode se pautar em informação parcial (intencional ou não), resultando em diferença de racionalidade individual e racionalidade coletiva a revelar que nem sempre a vantagem econômica individual se revela positiva à sociedade²⁰⁸. Tudo isso se acentua no âmbito da atividade pública de gestão de dinheiros públicos, pois a escolha pública, realizada por agentes irracionais – movidos por interesses, valores e informações difusos e insuficientes – nem sempre agem, em termos práticos, voltados a imprimir efetividade ao primado do interesse público.

De partida, já se verifica incompatibilidade do “*homo aeconomicus*” com a tutela do interesse público, pois esse viés de padrão comportamental econômico se orientava pela maximização dos interesses pessoais, motivado pela racionalidade subjacente ao alcance desse resultado²⁰⁹. Além disso, essa atuação decisória sofre influências externas que desviam

²⁰⁶ Por essa razão, JEAN TIROLE (TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 17-18) afirma a importância de considerar, na descrição do comportamento econômico, as moralidades e fragilidades humanas; o elo entre motivação intrínseca e extrínseca; e a influência das normas sociais sobre o comportamento humano.

²⁰⁷ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 11. Com essa ideia, referido autor sustenta que justamente “[e]sses incentivos – materiais ou sociais – e nossas preferências combinados definem o comportamento que adotamos, um comportamento que pode ir de encontro ao interesse coletivo” (*ibid.* p. 11).

²⁰⁸ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 131.

²⁰⁹ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 132.

o critério de escolha do traço de racionalidade. Dentre elas, JEAN TIROLE²¹⁰ destaca fraturas de prognose aplicáveis, com as modelações necessárias, aos atores econômicos público e privado: a) preferência ao imediatismo: as decisões econômicas tendem a desconsiderar efeitos futuros, optando por adotar comportamentos impulsivos que prestigiam efeitos imediatos²¹¹; b) formação equivocada das crenças²¹²: falsas impressões e memórias seletivas sobre experiências repetidas induzem compensações nas escolhas realizadas; c) condicionantes subjetivos “não intencionais” – como empatia, emoções, otimismo excessivo – que fragilizam o processo de racionalidade pura da decisão.

Não se desconsidera, ressalte-se, que essas falhas de prognose são mais próprias do âmbito privado, em que os interesses particulares se apresentam mais explícitos e sensíveis, e, por essa razão, mais tendentes à dissensão. Esse reconhecimento da possibilidade de cenário de conflito na busca de interesses particulares pareceria, a um pensamento inicial, incompatível com o desenho institucional de um Estado moderno, pois, como exposto, em sua gênese, estaria comprometido exclusivamente com a prossecução do interesse público, sobrepondo-se, de todo modo, aos interesses particulares dos agentes públicos envolvidos e dos indivíduos destinatários da conduta administrativa. Ocorre que a realidade é sempre mais dinâmica do que o projeto de Poder pressuposto, não se evidenciando, em termos práticos, garantias subjetivas para “tutela” do agente público contra investidas de interesses particulares (próprios e de terceiros). Conforme observa JEAN TIROLE²¹³, reconhece-se, há tempo

²¹⁰ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 133-136.

²¹¹ Bom exemplo apresentado por JEAN TIROLE (Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 133), no âmbito público, envolve dilemático conflito entre priorizar prestações materiais ao indivíduo mais imediatas (como se pode observar com alimentação, moradia e saúde básica) ou mais paternalistas, em que se tutela interesses dos indivíduos mais a longo prazo (como exemplo, refere-se a sistemas sólidos de educação básica e de previdência social). Ainda mais especificamente no campo das finanças públicas, pode-se admitir que a essência do princípio da equidade intergeracional encontra lastro no combate à “procrastinação” econômica, tendente a evitar o esgotamento imediato, efêmero e inconsequente dos recursos públicos disponíveis.

²¹² Sobre o tema, notadamente sobre a automanipulação das crenças, cfr.: BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean; Self-Confidence and Personal Motivation. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. 117, No. 3, Ago., 2002, p. 871-915. Oxford: Oxford University Press.

²¹³ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 165. Referido autor esboça essa observação para confirmar, embora sem perceber grande surpresa, as conclusões lançadas por Jean-Jacques Laffont, em Dezembro/1999, no relatório apresentado no Conselho de Análise Econômica (Cfr.: LAFFONT, Jean-Jacques. *Étapes vers un État moderne, une analyse économique*, 117-149, **État et gestion publique - Actes du Colloque du 16 décembre 1999**. Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française, Paris, 2000, p. 141;144), sobre Reforma do Estado, em que, tocando no sensível tema da benevolência estatal, tratou do processo pelo qual o Estado acaba por sucumbir aos interesses privados – assim entendido como “*mammouths' qui voudront trop longtemps maintenir le statu quo*”: “[l]a complexité des problèmes de gouvernement, l'information très imparfaite des électeurs, font que ce contrôle est limité et laissent une marge plus ou moins grande de discrétion aux hommes politiques et donc une place pour l'influence des groupes d'intérêt, que ce soit des groupes de producteurs, ou des groupes de consommateurs”. Essa situação de bem-estar social imperfeito, sujeita às fissuras finalísticas causadas por agendas ou objetivos pessoais, segundo o

considerável, sem muitas novidades, que a reflexão política, mais que qualquer outra preocupação, tem por fundamento “*a possibilidade de o Estado ser capturado por interesses particulares em detrimento do interesse coletivo*” e a pretensão de, no sistema democrático, o agente público ser eleito ou reeleito²¹⁴.

Tem-se, pois, na base das escolhas políticas, que cercam as decisões administrativas, fatores determinantes aos desvios decisórios, que revelam as fragilidades e deficiências estatais. Nesse processo, como exposto, confere-se destaque aos arranjos institucionais motivados por inclinações em favor de grupos de interesse, que se valem da desinformação, sobretudo do custo da vantagem, para distorcer a escolha pública²¹⁵.

Evidentemente, esses ajustes nem sempre apresentam traços diretos e explícitos de ofensividade jurídica, justamente porque são gestados no âmbito da arena política, que, como se sabe, encontra-se mais aberta e suscetível às influências dos interesses sociais, abrangentes e estritamente particulares. Essa percepção, no entanto, não retira a nocividade ética da conduta²¹⁶ e, eventualmente, a ilicitude da decisão pública, se voltada ao atendimento de interesses particulares, pois “*comportamentos de agentes econômicos que provoquem perdas sociais ou comprometam a qualidade do gasto público não podem ser praticados pelos gestores nem aceitos pelos órgãos de controle, por contrariarem o ordenamento jurídico*”²¹⁷. Como destaca o professor JORGE VIANNA MONTEIRO, “*a mobilização de grupos de interesses é absolutamente legítima na democracia representativa. Porém, uma atuação que*

economista francês, deve encontrar o necessário equilíbrio entre a flexibilidade de adaptação às novas circunstâncias e o arbítrio voltado aos ganhos pessoais: “*peut rechercher au niveau constitutionnel, des formes d’organisation ou des contraintes à imposer aux gouvernements qui arbitrent entre la nécessaire flexibilité que requiert l’adaptation aux circonstances nouvelles non anticipées et les limites désirables à mettre sur l’exercice de la discrétion à des fins personnelles*” (*ibid.*, p. 141).

²¹⁴ Essa constatação possivelmente serve de pista para se analisar as razões para a tendência de tentativas de criação material de gastos públicos incompatíveis com recursos disponíveis e em que medida a definição político-democrática impacta as finanças públicas. Nas críticas palavras de JAMES M. BUCHANAN e MARILYN R. FLOWERS (cfr.: BUCHANAN, James M.; FLOWERS, Marilyn R. **Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública**. Trad. Jesús Ruza Tardío e Fernando Castro. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 211; 217), “*los legisladores quieren garantizar su reelección, y son perfectamente conscientes de que lo que los votantes desean es la elaboración de proyectos de gasto*”, de modo que “[t]ienden, por lo tanto, a concentrar sus esfuerzos en programas y políticas que le ayuden lo más directamente posible a su reelección”. No mesmo sentido, cfr.: FERNANDES, Abel L. Costa. **Economia Pública: Eficiência econômica e teoria das escolhas públicas**. Lisboa: Edições Sílabo, 2008, p. 186-187.

²¹⁵ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 173.

²¹⁶ A propósito, AMARTYA SEN (cfr.: SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 25), adverte que o distanciamento entre economia e ética provocou uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Desse modo, conclui referido autor que não há razões para dissociar o estudo da economia da ética e da filosofia política, constituindo equívoco negligenciar a influência das considerações éticas sobre o comportamento humano efetivo.

²¹⁷ Cfr.: CONTI, José Maurício. Prefácio. In: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. IX.

opera sem disciplina institucional pode ser substancialmente danosa à autonomia da decisão política”²¹⁸.

Tome-se, como exemplo desse desvio finalístico, o fenômeno “rent-seeking”²¹⁹ – amplamente estudado pelos economistas e ainda pouco conhecido dos juristas²²⁰ –, em que “*grupos de cidadãos podem manipular o sistema político para redistribuir a renda para si mesmos*”²²¹. Em outras palavras, consiste no comportamento comissivo e intencional de pessoas que “*pressionam, direta ou indiretamente, agentes públicos com o propósito de obter, manter ou expandir a renda econômica disponibilizada a partir da intervenção estatal na ou sobre a economia, gerando perdas sociais em casos concretos*”²²². Observa-se, assim, que se revela fundamental, à incompatibilidade da prática com o ordenamento jurídico, a existência efetiva de repercussão negativa para a sociedade, consistente na demonstração de perda social, que pode se manifestar na negativa, insuficiência ou ineficiência de direito social intergeracional e difuso ou mesmo no incremento do gasto público à finalidade estabelecida.

Com isso, observa-se que a prática se aproxima do que os norte-americanos denominam de “*crony capitalism*”²²³, em que grupos econômicos se associam a agentes

²¹⁸ Cfr.: MONTEIRO, Jorge Vianna. O lado escuro da escolha pública. **Revista de Administração Pública**. 2007, v. 41, n. 3, pp. 585-596. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-76122007000300009>>. Acesso em 19 set. 2021, p. 594. A esse respeito, o professor Paulo Otero (OTERO, Paulo. A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre Política e Administração. P. 713-734. In SOUSA, Marcelo Rebelo (coord.) et al. **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 728-729) já chamava a atenção para a possibilidade de impactação negativa na Administração pela denominada “colonização partidária”, que pode resultar na politização da estrutura administrativa, sujeita, então, às interferências de interesses particulares e tráficos de influência, conduzindo a uma quebra de neutralidade e imparcialidade administrativa, totalmente incompatível com o texto constitucional.

²¹⁹ Aqui, não se aprofundará sobre esse instigante ponto de reflexão. Para outras discussões sobre o tema, cfr.: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

²²⁰ A pertinente observação é lançada pelo professor José Maurício Conti (CONTI, José Maurício. Prefácio. In: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. VIII), advertindo sobre a relevância jurídica desse fenômeno: “se os economistas já há algumas décadas se preocupam com o *rent seeking*, o mesmo não se pode dizer dos juristas, que pouco ou nada produzem a respeito do tema. O que não pode ser aceito, pois a importância desse fenômeno produz reflexos diretos na atividade financeira do setor público, e o ordenamento jurídico não pode se omitir em regular as ações derivadas e relacionadas a ele”.

²²¹ Cfr.: ROSEN, Harven S.; GAYER, Ted. **Finanças públicas**. 10 ed. Trad. Rodrigo Dubal. Porto Alegre: AMDH, 2015, p. 116. Decerto, o rent-seeking pode ser alcançado de várias formas. Conforme salientam os autores, “[u]ma modalidade importante é a que se dá quando um grupo de produtores induz o governo a restringir a produção do setor, o que leva a preços mais altos, permitindo que esses produtores obtenham as rendas. Por exemplo, durante muitos anos nos Estados Unidos era possível cultivar amendoim apenas com uma licença de governo – e as licenças permitiam somente 1,5 milhão de acres de terra dedicados à produção de amendoim. Ao restringir a quantidade de terra que podia ser usada para o cultivo, o governo reduziu a produção de amendoim e gerou rendas para os produtores” (*ibid.*, p. 121).

²²² Cfr.: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. IX.

²²³ Decerto, o fenômeno do “capitalismo de compadrio” ou “clientelismo” encontra maior evidência em países com déficit no estágio de desenvolvimento, em que se evidencia maior comprometimento de agentes políticos com interesses privados, tendo em mira a maximização eleitoral. Para aprofundamento, cfr.: HABER, Stephen.

públicos para promover interesses comuns privados. Assim, ao contrário do que se observa em modelos de pressão, em que as empresas usam a força política para defender seus próprios interesses em troca de apoio eleitoral, no “capitalismo de compadrio”, atores públicos e privados estabelecem relação simbiótica de interesses (nunca públicos) em que o governo, sob a legitimidade da falsa busca do interesse coletivo, proporciona ganhos privados que são distribuídos para os interesses favorecidos²²⁴.

Tem-se, pois, que o inegável prejuízo das finanças públicas pelo desvio institucional é difícil de ser combatido, especialmente porque eventual regulamentação restritiva poderia acabar por causar efeito negativo ainda maior, podendo ser usado como instrumento de hegemonia arbitrária do poder, pela direita ou esquerda, para criticar e dominar os inimigos²²⁵. Conforme adverte PAUL H. RUBIN²²⁶ sobre a dificuldade de enfrentamento do “capitalismo de compadrio”, “[a] perceived remedy for cronyism may then be populism, and populism may well become anti-capitalism. The political process may then degenerate into a contest between established elites (the cronies) and populist Marxist or socialist reformers”.

Reafirma-se, pois, a exigência de correlação entre meios e resultados, resultando na necessidade de conformação jurídica do ato despesista à finalidade pública a que se destina, destacando-se, pois, nessa perspectiva, “a vedação de gasto público antieconômico ou ineficiente, o que, para tanto, torna indispensável que se leve em conta todas as possíveis externalidades, positivas e negativas, especialmente aquelas sociais”²²⁷.

Crony Capitalism and Economic Growth in Latin American – Theory and Evidence. Stanford: Hoover Institution Press, 2002.

²²⁴ Cfr.: ZYWICKI, Todd. Rent-Seeking, Crony Capitalism, and the Crony Constitution. **Supreme Court Economic Review**. 2015, n. 23, pp. 77-103. Disponível em: < <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/686473>>. Acesso em 19 set. 2021, p. 78. Referido autor sintetiza, com simplicidade e clareza, a nocividade da prática: “[s]imply put, wealth can be obtained in two ways: it can be created or taken by force (legally or illegally) from someone else. Rent-seeking in the context can be understood as the process of using legal means to take wealth from someone else and to redistribute it to oneself” (op cit., p. 80).

²²⁵ Cfr.: RUBIN, Paul H. Crony Capitalism. **Supreme Court Economic Review**. 2015, n. 23, pp. 105-120. Disponível em: < <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/686474>>. Acesso em 19 set. 2021, p. 119.

²²⁶ Cfr.: RUBIN, Paul H. Crony Capitalism. **Supreme Court Economic Review**. 2015, n. 23, pp. 105-120. Disponível em: < <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/686474>>. Acesso em 19 set. 2021, p. 119-120.

²²⁷ Cfr.: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking**: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 39. É justamente essa perspectiva econômica, de voltar o olhar à motivação do ato despesista e sua projeção para harmonização entre meios e resultados da decisão pública, que constitui o móvel do presente trabalho, a justificar a análise da possibilidade de controle jurídico (de qualidade e mérito) do ato, em princípio discricionário, despesista. Vale dizer, conforme pondera referido autor (*ibid.* p. 5), o gasto público sabidamente antieconômico ou ineficiente (objeto de conduta de rent-seeking), representativo de alto custo à coletividade, é compatível com o Estado Democrático de Direito? O professor EDUARDO CÂNDIA cuida de apresentar sua resposta, que vai ao encontro da hipótese examinada na presente pesquisa: “a Constituição Federal não autoriza despesa pública ‘dolosamente’ antieconômica ou ineficiente, sendo que a necessidade de se atender ao binômio economicidade/eficiência faz parte da própria relação jurídica contida no prescritor da norma da despesa pública, que deve ser construída não apenas pelos gestores que tomam as

A partir dessas observações, constata-se que a análise do comportamento econômico do gestor público, embora não se insira no âmbito próprio da reflexão jurídica, não pode ser desconsiderada na compreensão da motivação da decisão despesista. Vale dizer, percebida a irracionalidade intrínseca e extrínseca do agir administrativo, observa-se relevância em realçar o nível de comprometimento finalístico da atuação do agente público, para, então, projetar a possibilidade de controle da despesa pública.

Mais ao centro do debate na arena pública e com maior destaque aos propósitos desta investigação, apresentam-se de grande valia as ideias da teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), segundo a qual a tomada de decisão pública não se sustenta na prossecução do interesse público, mas, sim, na tutela de interesses particulares que acabam por macular o agir político²²⁸.

Na verdade, com maior precisão conceitual, a teoria da escolha pública mais se aproxima da aplicação da lógica econômica à ciência política²²⁹, pelo que “*usa os métodos e ferramentas da economia para explorar como a política e o governo funcionam*”²³⁰,

decisões jurídicas sobre o gasto público, mas também pelos órgãos de controle, externo e interno, da atividade financeira do Estado, em um verdadeiro ciclo de retroalimentação” (ibid. p. 4).

²²⁸ Conforme bem observa a doutrina (Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública** – um guia. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p.27), a teoria da Escolha Pública se propõe a romper com a ideia de virtuosidade inata atribuída aos agentes públicos, como se podia perceber, na Antiguidade clássica, na visão de “reis filósofos” de Platão, ou, mesmo já na época moderna, nas ideias dos pensadores sociais que concebiam agentes públicos com atuação objetiva e justa. Lançam-se, em contraposição a essas ideias, as sementes da teoria da Escolha Pública, com gradual questionamento em torno da “*probidade intrínseca do sistema político, e os interesses próprios daqueles que por ele são levados ao poder*” (ibid. P. 26). São exemplos dessas linhas iniciais ao longo da história: “[e]m um ensaio sobre o parlamento de 1742, o filósofo escocês David Hume denunciou o interesse próprio de pessoas ocupantes de cargos governamentais, e recomendou que, para nossa própria proteção, nós deveríamos tratá-las como se fossem ‘cafajestes’ (patifes). E, em 1776, na obra *A Riqueza das Nações*, Adam Smith criticou fortemente a relação amigável entre os empresários e o governo, na qual os detentores da autoridade concediam monopólios a cortesãos e fabricantes selecionados” (ibid. P. 26).

²²⁹ Cfr.: SANTOS, J. Albano. **Finanças Públicas**. Oeiras: INA Editora, 2010, p. 271. Essa aproximação sugere uma reflexão importante sobre a dicotomia nas ciências sociais em torno da aparente separação entre ciência política (voltada ao interesse público) e ciências econômicas (voltada ao interesse privado). A aproximação lançada pela teoria da Escolha Pública rompe com esse paradigma. Como esclarece DENNIS C. MUELLER (MUELLER, Dennis C. **Public Choice III**. Cambridge: Cambridge University Press: 2003, p. 01), no campo da escolha pública, convergem homem político e homem econômico: “*Aristotle, observing the Greeks in the fourth century B.C., thought that man’s natural proclivities were toward discourse and political activity. Adam Smith, observing the Scots in the eighteenth century A.D., saw instead a propensity to engage in economic exchange. From the observations of these two intellectual giants, two separate fields in the social sciences have developed: the science of politics and the science of economics. Traditionally, these two fields have been separated by the types of questions they ask, the assumptions they make about individual motivation, and the methodologies they employ. Political science has studied man’s behavior in the public arena; economics has studied man in the marketplace. Political science has often assumed that political man pursues the public interest. Economics has assumed that all men pursue their private interests, and has modeled this behavior with a logic unique among the social sciences. But is this dichotomy valid? Could both Aristotle and Smith have been right? Could political man and economic man be one and the same? In the field of public choice, it is assumed that they are*”.

²³⁰ Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública** – um guia. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p.17.

buscando, assim, identificar os problemas e apontar possibilidades de limitação das deficiências.

A teoria da Escolha Pública trilhou percurso de desenvolvimento²³¹ em torno dos debates sobre atuação política dos agentes e a sua busca por maximização de votos, ainda que significasse o descarte do paradigma de interesse público. Calha ressaltar que os norte-americanos JAMES BUCHANAN e GORDON TULLOCK, sobretudo com a edição do livro “*The Calculus of Consent*”, de 1962, e com a criação da Sociedade da Escolha Pública, em 1965, embora não se apresentem como precursores do tema, despontaram como referência atual nas discussões, designadamente sobre questões acerca do sistema eleitoral e o fenômeno de troca de favores.²³² Com efeito, enxergaram “*um processo pelo qual os indivíduos buscam proteger seus próprios interesses, ao invés de um processo no qual todos nós nos empenhamos em alcançar alguma concepção de ‘interesse público’*”²³³. Como observa o professor JORGE VIANNA MONTEIRO, um dos precursores da teoria da Escolha Pública no Brasil, na década de 80, “[a] incidência não-uniforme das políticas públicas abre espaço para que sejam acionados mecanismos institucionais que sustentam demandas de grupos privados formalmente organizados”²³⁴.

Desse modo, a teoria da escolha pública cuida de estabelecer distinções fundamentais entre interesses públicos e privados, não no sentido de indicar o caminho seguro a se alcançar, no âmbito público, decisões que atendam ao sentimento da sociedade, mas, sim, de reconhecer que, muitas vezes, o ator público age no exercício de sua função como o indivíduo agiria no plano particular, potencializando seus interesses, em benefício próprio ou de

²³¹ Decerto, enquanto construção teórica, a Teoria da Escolha Pública recebeu contribuições ao longo do tempo (Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública** – um guia. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p.26): paradoxo de Condorcet (Marquês de Condorcet), em 1785, sobre a circularidade do escrutínio; votação ponderada (Jean-Charles de Borda), em 1781, sobre a natureza das eleições; reflexões sobre procedimentos eleitorais e evolução do paradoxo de Condorcet (Charles Dodgson), em 1876; distribuição justa de impostos (Knut Wicksell), em 1896, sobre o problema da transferência da carga de impostos à minoria por uma maioria dominante no poder; teorema do eleitor mediano (Duncan Black), em 1948, sustentando que, em questões de interesse geral, os partidos tenderão a se posicionar no mesmo sentido que parecer atender a maioria dos votantes, maximizando, assim, as chances de captação de votos – o resultado é a estabilização partidária no centro, com pouca chance de escolha ao eleitor; teorema da impossibilidade (Keneth Arrow), em 1951, que refletiu sobre a impossibilidade de se garantir que as decisões do grupo reflitam a natureza, predominância e força das preferências entre os membros do público votante.

²³² Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública** – um guia. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p. 29-30.

²³³ Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública** – um guia. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p.30.

²³⁴ Cfr.: MONTEIRO, Jorge Vianna. O lado escuro da escolha pública. **Revista de Administração Pública**. 2007, v. 41, n. 3, pp. 585-596. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-76122007000300009>>. Acesso em 19 set. 2021, p. 585.

terceiro. Nas lições de DENNIS C. MUELLER²³⁵, “[t]he basic behavioral postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximizer”.

Registre-se que a teoria da escolha pública não desconhece a impossibilidade de homogeneização do interesse a ser tutelado, haja vista que, necessariamente, o interesse dos indivíduos, em sua sociedade plural, sujeita-se a dissonâncias próprias dos valores, realidades e necessidades de cada um²³⁶. Nesse sentido, a contribuição da teoria da escolha pública está em evidenciar criticamente, que, em verdade, as tomadas de decisão política dos agentes públicos, “*longe de serem feitas de modo eficiente e desapaixonado em busca do ‘interesse público’, poderiam bem serem menos eficientes, menos racionais e mais vulneráveis à manipulação por interesses escusos do que o supostamente falível processo de mercado*”.²³⁷ Desse modo, a partir de visão mais realista e funcional, conforme ressalta DAVID ARTHUR SKEEL JR²³⁸, “[i]n contrast to much traditional political analysis, public choice assumes that all of the relevant players tend to act in their own self-interest, and explores the implications of self-interest for the legislative and other institutional decisionmaking process”.

Obviamente, não se pretende incursionar, doravante, por analisar as causas e repercussões desses denominados desvios institucionais finalísticos, e, então, aprofundar-se sobre o complexo problema demonstrado nas linhas anteriores. Não é esse o propósito deste trabalho. Aqui, basta, especialmente a partir das lições da teoria da Escolha Pública, a constatação potencial de “falha de governo”, a demonstrar que os agentes públicos, por diversos fatores, não são movidos exclusivamente, no plano prático, à prossecução do interesse público. Não se envereda, assim, por analisar aspectos mais profundos do funcionamento da máquina pública e da intrincada relação de legitimação de poder construída a partir do voto e das relações de interesse que circundam a interação política.

²³⁵ Cfr.: MUELLER, Dennis C. **Public Choice III**. Cambridge: Cambridge University Press: 2003, p. 01. No mesmo sentido, cfr.: SANTOS, J. Albano. **Finanças Públicas**. Oeiras: INA Editora, 2010, p. 271. Observa-se, em verdade, no âmbito público, a existência de um “mercado político”, em que, assim como na esfera privada, movem-se as instituições à satisfação de interesses pessoais, e apenas em caráter secundário ou acidental no sentido de realização do interesse público (*ibid.*, p. 273).

²³⁶ Nesse sentido, cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública – um guia**. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p. 21-22.

²³⁷ Cfr.: BUTLER, Eamon. **Escolha pública – um guia**. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015, p. 21. Com esse entendimento, citado autor também reconhece a limitação da própria construção teórica para solução do problema: “*a Escolha Pública por si só não pretende proporcionar alguma esperança ilusória de ‘sistema social’ ou ‘interesse público’*. Ela somente procura ser fonte de informação ao debate político, explicando as diferenças dinâmicas entre indivíduos motivados que emergem sob diferentes instituições políticas, e também destacando as consequências distintas que surgem como resultado” (*ibid.*, p. 23).

²³⁸ Cfr.: SKEEL JR, David Arthur. Public Choice and the Future of Public-Choice-Influenced Legal Scholarship, **Vanderbilt Law Review** 50, no. 3 (April 1997): 647-676, p. 651. Dentre várias outras considerações interessantes, referido autor, ainda no plano conceitual, esclarece que “[t]he central insight of interest group analysis is that concentrated interest groups often benefit at the expense of more widely scattered groups, even if the diffuse group has much more at stake overall” (*ibid.*, p. 651).

Segue-se, então, o curso argumentativo, a se afirmar que as escolhas públicas se sujeitam a falhas e vícios, admitindo-se, especialmente em relação àquelas mais discricionárias, a sujeição a aspectos pessoais e tendentes ao domínio dos interesses particulares.

Esse cenário, diante da premissa conceitual firmada, não constitui razão suficiente para demonizar o sistema democrático ou o funcionamento da arena política, como que condenando toda escolha pública pelo desvio de finalidade. Pelo contrário, o fortalecimento do sistema democrático e do exercício da cidadania passa por um incremento da interação dos agentes públicos com administrados, para que o interesse público signifique potencialização da plenitude das necessidades sociais.

É, pois, com perspectiva de reafirmação da despesa pública como instrumento de prossecução do interesse público e com sentido na promoção do “bem comum”, que se considera relevante, na medida do possível²³⁹, conciliar interesses individuais e gerais.

Então, nesse estágio de considerações, recorda-se a obra “*O Mercador de Veneza*”²⁴⁰, de WILLIAM SHAKESPEARE, para fazer memória ao dilema em torno dos interesses em jogo. Trata-se da conhecida narrativa em volta da execução judicial da cláusula contratual que previa a penalidade de uma libra de carne do fiador, o mercador Antônio, pela dívida garantida e firmada por Bassânio a Shylock, em decorrência do empréstimo do valor de três mil ducados: o direito existia e o exequente fazia jus à lasca de carne do fiador executado, desde que não importasse no derramamento de uma só gota de sangue, segundo as leis de Veneza. Essa foi a solução intencionalmente encontrada por Pórcia, fazendo-se passar por Baltazar, transparecendo, pois, a ideia de que “*a esfera pública é controlada pela lógica da esfera privada, e por isso a sociedade está, em última análise, ao dispor da vontade e do interesse dos cidadãos*”²⁴¹.

Com essa ideia e valendo-se das adaptações devidas, impossível não cogitar questionamento emblemático: como se pode amalgamar interesses públicos e privados diante do reconhecimento, em termos gerais, da falibilidade do agir administrativo a sucumbir diante de interesses estritamente privados?

²³⁹ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 11.

²⁴⁰ Cfr.: SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Campinas: Edições Livre, 2020.

²⁴¹ Cfr.: GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 529.

De fato, a reflexão sobre o questionamento provoca o pensamento disruptivo da própria concepção tradicional do Estado, a exigir-lhe transformação e aperfeiçoamento aos atuais anseios da sociedade.

Destarte, com a constatação desses desvios institucionais, acentuados por outros problemas de natureza político-econômica, há algum tempo um novo Estado vem sendo concebido, que, em sua forma moderna, busca superar o paradigma de simples fornecedor de bens e serviços para se dedicar a regular as atividades econômicas e suprir as falhas de mercado²⁴². Para isso, deve-se abandonar a antiga visão de Estado (burocrático e custoso) para, sem descurar de sua função de tutelar os direitos e garantias fundamentais, atuar de modo significativamente eficiente, com equilíbrio e correspondência entre meios e resultados, sobretudo, através de medidas de redução do quadro pessoal, o uso crescente de novas tecnologias e qualificação do gasto público²⁴³.

Obviamente essa é uma preocupação tipicamente econômica e não se pretende aqui lançar roteiro ou proposta ideal de Reforma do Estado. A ideia é outra. Trata-se de observar que as soluções consideradas apresentam o traço comum da eficiência como diretriz da atuação pública. Justamente nesse ponto, encontra-se ponto de maior fragilidade da escolha pública, pois, muitas vezes, as possibilidades são múltiplas e trágicas – problematizadas pela insuficiência de recursos –, autorizando juízo deliberativo do agente público. Por conseguinte, retomando reflexão suscitada no início deste texto, nesse cenário de amplitude de meio ao alcance do interesse público, confere-se destaque às considerações de AMARTYA SEN²⁴⁴ sobre o raciocínio aplicável à tomada de decisões sociais, pelo qual a “*‘otimalidade’ (envolvendo a identificação de uma alternativa ‘ideal’ ou ‘melhor’)* deve ser distinguida da *‘maximalidade’, definida como uma conclusão que não é menos satisfatória do que qualquer outra*”. Observa-se, assim, que a falha decisória estaria presente, a estabelecer o traço distintivo entre a escolha aceitável (“maximalidade”) e a melhor escolha (“otimalidade”), sempre que se optar “*por rejeitar uma alternativa distintamente melhor, mas não se não*

²⁴² Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 180.

²⁴³ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 181-183. No mesmo sentido, cfr.: GAMEIRO, António Ribeiro; COSTA, Belmiro Moita da; COSTA, Nuno Moita da. **Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 186; cfr.: MOLINA MOLINA, José. **Ciudadano y gasto público**: por una gobernanza transparente y participativa. Pamplona: Aranzadi, 2014, p. 69. Esse é o caminho a ser construído para o enfrentamento da escassez de recursos e da crescente carência por benefícios sociais: a ênfase na gestão pública com o fim de otimizar recursos, “*que no es sólo un mandato derivado del principio constitucional de eficacia, sino, esencialmente, una exigencia imperativa para lograr la cohesión democrática del mismo Estado. La modernización de la gestión aparece, por tanto, como una das alternativas instrumentales que debe operar sobre la Administración Pública con el fin de que el Estado sea legítimo ante la sociedad*” (ARENILLA SÁEZ, Manuel (org.). **Gasto Público y Crisis Económica**. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1994, p. 13).

²⁴⁴ Cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 525-526.

existir tal opção (como é o caso ao fazermos uma escolha máxima na ausência de qualquer solução alternativa ótima)”²⁴⁵.

Evidentemente, a busca pela melhor escolha, entendida como insistência pela “otimalidade”, somente deve ser considerada viável quando há opções possíveis, mas, uma delas desponta com maior vantagem que as demais. Nesse cenário, validamente demonstrado que aquele caminho melhor é o mais satisfatório, aquela opção espelha a otimalidade. De outro modo, “quando existem duas alternativas x e y , nenhuma é considerada como sendo melhor do que (ou exatamente tão boa quanto) a outra, então, nesse par de alternativas (x , y) ambas são máximas, mas nenhuma é ótima”²⁴⁶. Nessas condições, pode-se, sem receio de inadequação, livremente escolher entre x ou y ²⁴⁷.

Percebe-se que o traço distintivo fundamental entre o máximo e o ótimo está justamente na incompletude das informações, que é plenamente possível em uma análise racional, sem que isso torne a escolha ineficiente. Em conformidade com as ideias de AMARTYA SEN²⁴⁸, “[p]odemos diagnosticar uma falha na tomada de decisão racional se optarmos por rejeitar uma alternativa distintamente melhor, mas não se não existir tal opção (como é o caso de fazermos uma escolha máxima na ausência de qualquer solução alternativa

²⁴⁵ Cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 526. A ilustrar essa distinção, referido autor faz referência à fábula filosófica do “burro de Buridan”, cuja ideia se atribui ao filósofo francês Jean Buridan, ao tratar do dilema moral de escolha entre dois itens evidentemente idênticos, inspirado na reflexão suscitada por Aristóteles em sua obra *De Caelo*, embora este tenha, na verdade, versado sobre animal diverso – cachorro (cfr.: T. Encyclopaedia Britannica. “Jean Buridan.” Disponível em < <https://www.britannica.com/biography/Jean-Buridan> > Acesso em 07 set. 2021. Nessa substanciosa anedota filosófica, um asno morre de fome, pela inércia e incapacidade de escolher entre dois fardos de feno que estão ao seu alcance. Assim, voltando às ideias de AMARTYA SEN (SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 35), “o burro morreu de fome porque não conseguiu escolher entre os dois fardos de feno, por não ter conseguido decidir qual dos dois era melhor do que (ou mesmo tão bom quanto) o outro. O burro desdenhou a questão da escolha máxima – qualquer um dos fardos teria sido a escolha máxima razoável, e seria melhor do que morrer de fome. O burro de Buridan pode ter morrido por causa da escolha ótima, mas não é difícil ver que, quando a escolha máxima existe, decidir não fazer nada porque nenhuma alternativa ótima emerge não é muito inteligente”. E completa mais adiante: “(...) o burro morre de fome devido a uma hesitação. É possível que um dos fardos de palha fosse realmente maior – e mais delicioso – do que o outro, mas se o burro não conseguia descobrir qual deles era, certamente, teria sido melhor escolher qualquer um dos fardos do que morrer de fome. Dada a incompletude obstinada da ordenação dos dois fardos de palha, ambos são máximos, e a escolha de qualquer um – apesar da falta de otimalidade – teria sido uma opção muito melhor do que a fome”.

²⁴⁶ Cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 526.

²⁴⁷ O professor AMARTYA SEN (cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 527-528) apresenta exemplo interessante para melhor compreensão do tema. Imagine-se que um indivíduo Ashraf, responsável por prevenir ataque terrorista, esteja diante de duas ameaças reais: x , consistente na destruição total da cidade de Nineveh (porém, sem vítimas); e, y , que envolve a morte de uma centena de pessoas em outra localidade (sem a destruição de Nineveh). Nesse contexto de difícil decisão, considerando a impossibilidade de evitar os dois eventos, percebem-se boas razões para escolher qualquer uma das opções, justamente porque não há certeza da alternativa ótima. Assim, cada uma das opções é alternativa máxima e “o facto de nenhuma ser ‘ótima’ não precisa deixar Ashraf num impasse de decisão. Ele pode escolher sensatamente x ou y , mas não qualquer uma das outras alternativas” (*ibid.* p. 529).

²⁴⁸ Cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 527.

ótima)”. Desse modo, observa-se que a estrutura de “otimalidade” manifesta-se na escolha, dentre as opções viáveis, da “melhor” alternativa, ao passo que a “maximalidade” pauta a escolha nas alternativas possíveis, quando não há informações completas a dar conhecimento sobre uma ser pior do que qualquer outra²⁴⁹. Como exposto, o ponto central de distinção entre “maximalidade” e “otimalidade” encontra-se na possibilidade de incompletude da classificação da preferência, “*that is, there may be a pair of alternatives x and y such that x is not seen (at least, not yet seen) as being at least as good as y, and further, y is not seen (at least, not yet seen) as at least as good as x*”²⁵⁰.

Essa ideia pode perfeitamente ser aplicada às escolhas públicas despesistas, uma vez que, sujeitas à incompletude de informações, são tomadas com base numa justificação parcial, diante das possibilidades existentes. Para isso, exige-se, no âmbito público, em abandono à racionalidade puramente econômica, estabelecida em torno da maximização dos interesses pessoais, a construção da racionalidade decisória, a evidenciar que, a um só tempo, o agente público tem em mira metas, objetivos e valores de interesse geral, mas, também, que realiza a escolha dentre as alternativas possíveis.

Aqui, não se pretende desviar o curso da investigação, razão pela qual se abstém de explorar o riquíssimo tema da racionalidade da escolha e das correspondentes teorias que explicam a tomada de decisão²⁵¹. Sob perspectiva menos audaciosa, a construção aqui exposta pretendeu atribuir especial destaque a todos esses importantes elementos que devem ser considerados no olhar sobre a decisão despesista. São aspectos econômicos, aplicáveis ao comportamento político-administrativo, que servem de referência na análise da juridicidade da despesa pública.

²⁴⁹ Cfr.: SEN, Amartya. Maximization and the Act of Choice. **Econometrica**. p. 745–779. vol. 65, no. 4, 1997. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2171939>>. Acesso em 20 set. 2021, p. 763.

²⁵⁰ Cfr.: SEN, Amartya. Maximization and the Act of Choice. **Econometrica**. p. 745–779. vol. 65, no. 4, 1997. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2171939>>. Acesso em 20 set. 2021, p. 763. A discussão revela-se demasiadamente complexa especialmente considerando que o desvio comportamental pode não resultar de motivação irracional, mas, sim, intenção pré-ordenada à finalidade inadequada. É o que adverte JON ELSTER (ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciências sociais**. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 41), ao afirmar que “a escolha racional não é um mecanismo infalível, uma vez que a pessoa racional pode escolher apenas o que acredita ser o melhor meio. (...) Não apenas errar é humano: pode ser mesmo racional fazê-lo, se acontecer de todos os artifícios apontarem na direção errada.”

²⁵¹ Para maior aprofundamento sobre o tema, cfr.: SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 365-376. Não se ignora, nesse ponto, a possibilidade de insuficiência da consistência interna para garantir a racionalidade, defendendo AMARTYA SEN (cfr.: SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 25) que “até o próprio ideal de consistência *puramente interna* não é convincente, uma vez que aquilo que vemos como consistente num conjunto de escolhas observadas deve depender da *interpretação* dessas escolhas e de algumas características *exteriores* à escolha (por exemplo, a natureza das nossas preferências, objetivos, valores, motivações)”.

Note-se que as considerações expostas nunca pretenderam tratar de economia pura, mas, sim, invocar seus preceitos para permitir uma adequada compreensão jurídica, notadamente por estabelecer premissas importantes à interpretação: a) o ato despesista também constitui fenômeno econômico; b) sua efetivação, também ao plano concreto, passa por uma decisão política, que se sujeita a influxos intrínsecos e extrínsecos; c) esses fatores de interferência na tomada de decisão, especialmente quando intencionais, acarretam grave dano à prossecução do interesse público e à satisfação das necessidades públicas, que passam a servir de anteparo para condutas patológicas e corruptivas; e) sendo insuficientes ou incompletas as informações, não se pode condenar a escolha pública que não seja a melhor²⁵², bastando que seja a máxima diante das possibilidades.

Com esse percurso, aproximando a conformação jurídica das condicionantes econômicas tratadas, projeta-se a importância do princípio da eficiência, de conteúdo tipicamente econômico, que também orienta as finanças públicas²⁵³.

Vale dizer, seu destaque à sociedade revelou-se tão acentuado que esse parâmetro de gestão acabou por ser juridicizado, sendo incorporado como valor tutelado pelos ordenamentos jurídicos, ao menos daqueles observados com maior cuidado nesta pesquisa, quais sejam o brasileiro, português e espanhol.

Esse tema ainda será retomado mais adiante, já que, por ora, está-se apenas a situá-lo no encontro com a despesa pública. A questão, assim, que se afigura inquietante consiste em identificar o mecanismo de dimensionamento do grau de eficiência da escolha pública.

²⁵² No Brasil, a lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), para estabelecer regras próprias ao controle da Administração Pública, seguiu essa ideia de exigência de “contextualização”, estabelecendo, no artigo 22, que “[n]a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (caput), indicando, ainda, que na “decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Com razão, argumenta a doutrina que “[n]ão surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerável de gestores bem intencionados. Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito. O tipo específico de proteção que o caput do art. 22 determina é a ‘consideração’ das circunstâncias em que a decisão foi tomada” (cfr.: JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em 26 dez. 2018, p. 73.

²⁵³ Como se percebe, aqui a novidade e a complexidade estão justamente na juridicização desse parâmetro econômico, pois a eficiência da utilização dos recursos públicos repercute de longa data na análise das Finanças Públicas, ao menos em dois aspectos (cfr.: VALLE, Victorio. El gasto público en España: algunas reflexiones globales. In ALBI IBÁÑEZ, Emilio (coord.). *La Hacienda Pública en la Democracia* – Estudios en homenagem al professor Enrique Fuentes Quintana. Barcelona: Ariel, 1990, p. 174): “1) *Los servicios públicos proporcionados por el sector público español ¿se adecuan a las necesidades de los ciudadanos?* 2) *Los recursos, ¿se utilizan con criterios de economicidad y eficacia?*”

Obviamente, não há resposta definitiva ou uniforme. Há tentativas de objetivação de controle. Nesse sentido, interessante a experiência do Canadá, que estabelece parâmetros ou testes objetivos de eficiência para cada programa: “*o programa é de interesse público? Em caso afirmativo, poderia ser fornecido por outro braço do setor público ou pelo setor privado? O custo é acessível e há alternativas?*”²⁵⁴

Então, a perspectiva aqui proposta apresenta a eficiência como aspecto jurídico-econômico ao controle da despesa pública, investigando, assim, se a escolha pública atende aos requisitos legais formais, mas, também, se observa a substantividade da compatibilidade da escolha com a finalidade perseguida, dentre as alternativas possíveis. Com esse critério, observar-se-á a possibilidade de distinguir as despesas que, ainda não sejam ótimas, atendem ao preceito normativo amplo da legalidade.

3. A legalidade da despesa pública: aspectos jurídicos do agir administrativo despesista

Sabe-se que o fenômeno da atividade financeira do Estado, em tempos atuais, é objeto de intensas e legítimas contestações da sociedade, inquieta com o volume de recursos arrecadados a partir do constrangimento legal estatal, notadamente, a partir da imposição tributária. De outro lado, exige-se do poder público, em tom crescente, o alargamento da prestação de bens e serviços, tendentes a satisfazer um leque mais amplo de necessidades coletivas.

O descontentamento apresenta-se, assim, aparentemente incoerente, pois, a princípio, a se garantir e custear maior volume de atendimento de necessidades coletivas, impõe-se ao Estado a ampliação das despesas públicas, e, por consequência, para garantir esse fim, proporcionalmente, deve incrementar a receita pública para adaptar-se à nova realidade de gastos. Em outras palavras, nota-se a aparente contradição, pois, a agasalhar-se o sentimento social, seria necessário acolher a reivindicação por menos tributos e, concomitantemente, conduzir o Estado à elevação do fornecimento dos bens e direitos, com consequentemente aumento das despesas públicas. Por óbvio, fazendo memória ao poema “*Ou isto ou aquilo*” de

²⁵⁴ Cfr.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 184. O autor elenca as vantagens desse tipo de controle, pois, além de proporcionar soluções simples e originais, “*permitiriam melhorar a performance do serviço público e evitariam cortes drásticos uniformes – pouco desejáveis, pois afetam tanto o que é indispensável como o que é menos relevante, o que funciona e o que não funciona*” (*ibid.*, p. 184).

CECÍLIA MEIRELES²⁵⁵, esses valores são inconciliáveis, pois, ou se reduz a carga tributária, diminuindo o fardo dos tributos sobre a sociedade, ou se aumenta o volume de gastos públicos, ampliando os direitos concretizados pelo Estado. Entretanto, não é possível, em termos absolutos, concomitantemente, diminuir a receita pública e potencializar despesas públicas. O inverso, aumentar a disponibilidade de recursos públicos pelo incremento de arrecadação, sem correspondente ampliação da despesa pública, até seria possível, embora não recomendável, pois resultaria em deturpação das finalidades do Estado, que encontra nos gastos públicos referência de atuação, como caminho para a satisfação das necessidades públicas.

Como se fez questão de frisar, a incoerência é apenas aparente. Na verdade, apesar de não estabelecer juízo analítico sobre a questão, a insatisfação social manifestada por senso comum não desconsidera que o cumprimento maior das funções do Estado no fornecimento de bens e serviços demanda maior disponibilidade de recursos²⁵⁶. A inquietação parece centrar-se na consciência generalizada de que as despesas públicas se tornaram sinônimo de “práticas corruptivas”, exigindo, isto sim, maior controle na sua execução, de modo a permitir a racionalização dos recursos públicos disponíveis²⁵⁷.

Desse modo, com retorno de recursos às finalidades a que se destinavam, coibindo-se desvios e dispêndios ineficientes, a atividade financeira do Estado volta a cumprir seu papel de servir de instrumento para a reunião das ferramentas necessárias ao pleno alcance ao atendimento das necessidades públicas²⁵⁸.

²⁵⁵ Cfr. MEIRELES, Cecília. **Ou isto ou aquilo**. Ilust. Odilon Moraes. São Paulo: Global, 2012, p. 63.

²⁵⁶ Tudo está a depender, como salienta o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais)**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 150), de que tipo de Estado se tem em vista, pois “a quantidade e a qualidade das despesas difere grandemente se estivermos em presença de um Estado do tipo ‘liberal’, ‘social’, ou ‘ótimo’, na medida em que, num extremo, os poderes públicos devem limitar-se ao mínimo de tarefas (defesa e representação externa, administração da justiça, manutenção das liberdades: *princípio do mínimo*) e, no outro, devem tudo fazer para que os direitos econômicos, sociais e culturais – segurança social, educação, habitação, saúde etc. – atinjam um grau ótimo (não meramente satisfatório, mas ótimo) de exequibilidade”.

²⁵⁷ Nesse sentido, oportunas as considerações da professora MARIA D’OLIVEIRA MARTINS (MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 286-287): “[a]o maior rigor das Finanças Públicas, associa-se um novo olhar dos cidadãos perante as receitas e despesas públicas: há a percepção de que o dinheiro é um bem escasso, que é preciso controlar a gestão dos dinheiros públicos (...) O cidadão não é tomado mais como um administrado, sem palavra no que toca ao modo como os serviços são prestados. Ele é cada vez mais controlador do Estado. Aquele a quem o Estado serve e perante que presta contas”.

²⁵⁸ Nesse sentido, cfr.: GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda**. Trad. Enrique R. Mata. 2 ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, p. 15; GIULIANI FONROUGE, Carlos M. **Derecho Financiero**. Vol I. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1970, p. 03; CAZORLA PRIETO, Luís Maria. **Derecho Financiero y Tributario** – Parte General. 4 ed. Madrid: Aranzadi, 2003, p. 47-48. De se observar, como afirma MIGUEL MIAJA FOL (MIAJA FOL, Miguel. *Actividad Financiera y presupuesto de gastos*. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 21), seja no âmbito público ou privado, que a acumulação de recursos financeiros nunca

Observa-se, assim, a partir do esboço apresentado, dois aspectos absolutamente fundamentais da atividade financeira pública: i) a centralidade da despesa pública à definição e ao funcionamento estatal; e ii) a exigência de sua compatibilidade jurídica formal e material para o atingimento de seus objetivos.

Conforme já exposto anteriormente, sobretudo a partir da reflexão analítica sobre os custos dos direitos, percebeu-se que a despesa pública, ao lado da tutela dos direitos fundamentais, apresenta-se como parâmetro ao funcionamento da atividade estatal. Evidentemente, não se trata de alocá-los na mesma dimensão, porquanto indiscutível a primazia da tutela dos direitos fundamentais como referência central do Estado. Percebe-se, por assim dizer, que a despesa pública acaba por funcionar como conceito de confirmação do direito subjacente, a tracejar os limites possíveis da atuação estatal.

Especificamente em relação à sua atividade financeira, o Estado centra sua atenção, sobretudo na elaboração orçamentária, mas também durante sua execução, na prospecção da dimensão da despesa pública, dedicando-se a melhor harmonizar o interesse público diante de tantas necessidades coletivas pretendidas.

Vale dizer, a definição do montante de despesa pública, com destaque para o respeito à vedação ao retrocesso social, acaba por orientar toda a atuação do Estado na perspectivação e manejo dos recursos públicos, inclusive conferindo-lhe traços peculiares de Estado de bem-estar social ou de Estado (neo)liberal.

De outro modo, no campo jurídico – que não é dado a proceder a lucubrações políticas ou econômicas da despesa pública, ainda que possa se abastecer de elementos desses campos favoráveis à melhor interpretação –, incumbe verificar o controle e compatibilidade do ato despesista com o ordenamento jurídico. Decerto, a definição do gasto, no campo orçamentário e no ato de concretização, pauta-se em critérios extrajurídicos, tendendo a manifestar conteúdo discricionário na eleição dos valores tutelados, temática que será melhor aprofundada mais adiante.

Por ora, impõe-se reconhecer que, assim como em diversos outros campos do conhecimento, há um contínuo processo de regulamentação jurídica da despesa pública, no plano constitucional, legal e infralegal, almejando, a conferir maior juridicidade ao seu

constitui um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar os fins da Administração, que justamente compreende sua razão de ser. Interessante observar que, a partir da previsão contida no artigo 133 da Constituição Espanhola, que consagra o princípio da legalidade da atuação administrativa, referido autor afirma que a atividade financeira se submete “*a unas exigências de expresión formal de los actos em que se materializa y a la fiscalización de los Tribunales de justicia, que tienen la misión de velar por la legalidade de la actuación administrativa, así como por el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*” (ibid. p. 23).

conteúdo, afastar desvios de interesses e homogeneizar padrões comportamentais, de modo que finda por permitir controle jurídico sobre os elementos de sua concretização.

Válido destacar que o ato despesista, em essência, apesar de apresentar importantes contornos jurídicos, apresenta manifestação plural, que, como dito, também envolve nuances políticas, sociais e econômicas. É nessa perspectiva, voltando-se à racionalização e qualificação da efetivação do gasto público, a partir de parâmetros objetivos de escolha e de controle, que se passa a adotar uma lógica de resultados, centrada na avaliação da economia, eficiência e eficácia da despesa pública²⁵⁹.

Sucedo, assim, que são transplantados ao Direito elementos e conceitos próprios de outros campos do conhecimento, sobretudo da economia, que uma vez incorporados ao ordenamento jurídico, passam a condicionar a execução da despesa pública. É o caso dos princípios da eficiência e da boa gestão, que serão tratados adiante de forma mais minudente. Por ora, válida a observação da professora MARIA D'OLIVEIRA MARTINS²⁶⁰, a destacar que, em referência ao princípio da economia, eficiência e eficácia (art. 18º da Lei de Enquadramento Orçamental n. 151/2015), *“cada vez menos, o controle [da despesa orçamental] é tido numa estrita lógica de verificação do cabimento orçamental, e, por isso, cada vez mais é tido como um meio de cumprir objectivos e de assegurar a máxima qualidade de serviço público, tendo em conta os meios à disposição”*.

Por conseguinte, estabelecendo requisitos e critérios para a execução da despesa pública, o legislador, constituinte e ordinário, elabora complexa estrutura de validade de sua realização, buscando, com isso, atrair para o campo jurídico o protagonismo da escolha pública.

Mostra-se, pois, fundamental compreender, em termos gerais, o funcionamento da despesa pública, desde o nascedouro, com a elaboração orçamentária, até sua efetivação, culminando com o pagamento pelo serviço prestado ou bem fornecido.

²⁵⁹ Nesse sentido, cfr. MARTINS, Maria d'Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 285-286: *“O peso das dificuldades financeiras e a necessidade de racionalizar a despesa trazem associados o desenvolvimento de técnicas de controlo de gestão e de avaliação da mesma, que não passam apenas pela averiguação do cumprimento da legalidade, mas que avaliam despesas questionando-as sobre a sua economia, eficiência e eficácia. Passa-se de uma lógica de meios, em que se tratava de avaliar os limites previstos no orçamento, para uma lógica de resultados, marcada por uma lógica de empresa que toma em consideração os fins a atingir, não só em termos de legalidade, mas também de economia, eficiência e eficácia”*. Pontua-se, desde já, o entendimento acolhido neste trabalho no sentido de que a pauta do resultado como fundamento e finalidade da despesa pública compõe o bloco de juridicidade que lhe confere legitimidade e conformação jurídica.

²⁶⁰ Cfr.: MARTINS, Maria d'Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 223-224.

Como indicado, a legalidade da despesa pública alcança, em síntese, duas fases bem delineadas: i) a primeira, mais ao plano formal, que alcança seu planejamento normativo e delimitação volumétrica, consubstanciada na autorização orçamentária e legislação correlata, ao nível legislativo, com potencialidade, não apenas para orientar o gasto público, mas, especialmente, para determiná-lo; ii) sua efetiva execução, nos planos formal e material, observando-se os limites orçamentários e na legislação que busca imprimir racionalidade à despesa pública, mas, também, o conteúdo do ato administrativo despesista, materializado na decisão (escolha) pública do momento e da melhor opção à sua efetivação, que revela clara aproximação com o núcleo da presente investigação.

Por isso mesmo, importante pontuar que, apesar do necessário percurso pelos aspectos da juridicidade da despesa pública, o esforço argumentativo não se dirige aos aspectos de sua conformação jurídica exclusivamente formal, assim entendida como respeito às condicionantes e parâmetros legais (orçamentários e procedimentais) à sua efetivação – legalidade genérica, orçamentária e financeira²⁶¹.

Sem a pretensão de esgotar esses aspectos da despesa pública, a exposição doravante construída busca apenas apresentar visão panorâmica dos institutos envolvidos, observando os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e espanhol, para deles extrair traços comuns diretivos, de modo a delimitar e servir de ponto de partida para o núcleo da presente pesquisa, a ser aprofundada mais adiante, firmada na análise jurídica substantiva da despesa pública.

3.1. Dimensão orçamentária: nível de juridicidade normativo-autorizativa

Decerto, a exigência de planejamento orçamentário se revela condição adequada para legitimação do Estado Democrático de Direito, evitando que os dinheiros públicos sejam

²⁶¹ Cfr.: MARTINS, Maria d'Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 239: “[l]evando em consideração tudo quanto acima foi dito, diríamos pois que a verificação do princípio da legalidade da despesa pública corresponde hoje, com concreto, ao cumprimento da legalidade genérica, ao cumprimento das normas aplicáveis ao caso (legalidade financeira), ao cabimento orçamental (legalidade orçamental), ao respeito das regras de contabilidade e à verificação da economia, eficiência e eficácia”. Em sentido distinto, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 25-26) sustenta que mais interessa analisar a validade e legalidade da despesa, do que aferir sua pertinência política ou utilidade econômica, que, por se pautarem em realidades não mensuráveis, não permitem a substituição da legalidade pela eficiência. Esse aspecto multifacetado da legalidade da despesa pública, conforme se verá mais à frente, confere juridicidade suficiente a alargar seu conteúdo, não mais se restringindo à dimensão de simples subsunção do ato despesista à autorização legal correlata. Ver-se-á que não é o bastante a compatibilidade formal do ato concreto de despesa pública com a autorização normativa e com o respeito aos respectivos parâmetros formais para se configurar a conformação jurídica do ato praticado; exige-se, para além desse importante viés, a adequação de resultado da despesa pública efetivada, enquanto decisão/escolha pública (meio) ao interesse público perseguido (fim) – eficiência do agir despesista.

usados conforme livre e incondicionada “vontade” do gestor²⁶². Com as restrições dos atos despesistas à autorização orçamentária, confere-se ao gestor liberdade mitigada para cumprir com a agenda pública, sem deixar de observar as balizas axiológicas estabelecidas previamente pelo legislador²⁶³.

Desse modo, a autorização orçamentária, a partir da elaboração da respectiva lei, restringe a atividade administrativa para lhe conferir racionalidade e finalidade consentâneas com o interesse público, através do macroplanejamento do gasto no contexto global das finanças públicas²⁶⁴. Vale dizer, a despesa pública individual passa a ser considerada no

²⁶² Assim se dava na época em que havia concentração de poderes e o manejo dos recursos se submetia à vontade do Imperador, que dispunha dos recursos do Estado como se fossem sua fortuna particular (cfr.: SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Hacienda y Derecho**. Vol. I. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1962, p. 167-168). Desse modo, “[e]l Imperio, que había introducido el orden y el sistema en los asuntos de Hacienda, gracias al robustecimiento del poder de Roma frente a las ciudades, dio también origen, con el crecimiento hipertrófico de las facultades imperiales, a una confusión patrimonial que había de producir las más graves consecuencias” (ibid. p. 168). Essa situação, conforme observa RICARDO LOBO TORRES (cfr.: TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171-172), somente se altera com a formação do “Estado Orçamentário”, já com o surgimento do Estado Moderno, “com a particular dimensão do Estado de Direito apoiada nas receitas, especialmente a tributária, como instrumento de realização das despesas”, mas cuja consolidação somente veio ocorrer, com aproximação aos contornos atuais, com os ideais do liberalismo e das grandes revoluções. Interessante ressaltar, entretanto, que a exigência de orçamento público não nasce como resultado de reflexões em torno de limitações ao gasto público. Conforme adverte a doutrina (cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 267), em verdade, sua compreensão passou por longo caminho evolutivo, tendo por embrião a ideia de proteção dos súditos em relação aos governantes, controlando-se, assim, a arrecadação (cfr.: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 395). Depois, surgem normas tendentes a fazer convergir a atuação pública à satisfação das necessidades públicas e pleno atendimento do interesse público. É nesse contexto que surge o orçamento público, como resposta “que permitisse ao governante identificar o volume financeiro de recursos a ser arrecadado em certo período, a fim de poder determinar onde, como e quanto se poderia gastar” (cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 267). Ainda sobre a evolução da configuração e importância orçamentária, sobretudo a partir da formação dos Estados constitucionais do século XIX, cfr.: MIAJA FOL, Miguel. Actividad Financiera y presupuesto de gastos. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 30-34.

²⁶³ Ainda quanto a esse ponto, pode-se reconhecer outra virtude da economia comportamental, proporcionada pela previsão orçamentária, que coincidiria com a exigência de completa informação do custeio (carga tributária) de cada nível de gasto público, como sustentam JAMES M. BUCHANAN e MARILYN R. FLOWERS (cfr.: BUCHANAN, James M.; FLOWERS, Marilyn R. **Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública**. Trad. Jesús Ruza Tardío e Fernando Castro. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 210), que destacam a importância de aproximação da imposição tributária, em simultaneidade, com decisão de gasto determinado, permitindo possibilidade de comparação dos indivíduos que suportam as cargas impositivas e esperam se beneficiar do gasto público. Desse modo, a elaboração orçamentária, ao plano abstrato político-normativo, tende ao afastamento do problema da separação do gasto público e da definição impositivo-tributária. Didaticamente, mencionados autores, invocam analogia com funcionamento econômico de uma família: “[s]upongamos que se realiza un acuerdo entre el marido y la esposa, de tal forma que la esposa realiza todas las compras y el marido paga todas las facturas al final de cada mes. Puede deducirse de esta situación que la familia tenderá a gastar más que si ambas funciones, el gasto y el pago del mismo, fueran asignadas a la esposa. Evidentemente, si ella no se enfrenta con la función del coste en la elección de la compra, tenderá a sobre-estimar la deseabilidad de los distintos bienes y servicios utilizados, y de esta forma a ampliar en exceso las compras de la familia” (ibid. p. 210).

²⁶⁴ Cfr.: FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Instituciones de Derecho financiero**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 75. Referido autor acaba por traçar as condicionantes exigíveis para a conformação jurídica formal da despesa pública: “[e]l gasto público está, a su vez, normalmente disciplinado en nuestro ordenamiento, por una parte, por normas estables, permanentes, que regulan el contenido, la formación, la ejecución y el control del

panorama geral dos recursos do Ente público, para, então, dimensionarem-se seus impactos e o volume da atividade financeira.

Por essa razão, a determinação de autorização orçamentária para realização da despesa pública tem previsão constitucional, apresentando-se, inclusive, como forte manifestação de poder político²⁶⁵. Por isso mesmo, conforme destaca o Ministro CARLOS AYRES BRITTO, “[a] Constituição confere ao orçamento uma proteção especialíssima. O orçamento, depois dela própria, a Constituição, é a lei que mais influencia os destinos da coletividade”²⁶⁶.

a) Brasil

No *Direito brasileiro*, a Constituição Federal de 1988 mostra-se fértil na regulamentação da atividade financeira do Estado, estabelecendo analiticamente regras sobre a previsão e planejamento orçamentários, dedicando, inclusive, seção específica (artigos 165 a 169), no capítulo das Finanças Públicas. Dispõe, desse modo, sobre as regras gerais aplicáveis à autorização e execução orçamentária, dentre outras, sobre processo legislativo especial, princípios aplicáveis, espécies orçamentárias e conteúdo normativo. De logo, merece relevo a “regra de ouro” do planejamento orçamentário²⁶⁷, que consiste na vedação ao início de

presupuesto, y por otra parte, por el propio presupuesto, que periodicamente determina, com carácter de norma jurídica, las cantidades a gastar y las finalidades del gasto”

²⁶⁵ Sobre a importância da autorização orçamentária para o direito da despesa pública, “*permitiría establecer una similitud entre lo que el Derecho Tributario es para el Derecho de los ingresos públicos y lo que el Derecho Presupuestario sería para el Derecho de los gastos públicos*” (cfr.: MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso. *El Derecho de los Gastos Públicos*. In MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso (coord). **Manual de Derecho Presupuestario y de los Gastos Públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 155).

²⁶⁶ Cfr. voto vogal do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14 mai. 2008. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14 mai. 2021, p. 181.

²⁶⁷ Ressalte-se que, no Brasil, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, estabelecendo várias regras diretas tendentes a prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. A partir de sua vigência, conferiu-se maior rigor e efetividade no controle das finanças públicas, porquanto o gestor passou a ser pessoalmente responsabilizado, no âmbito político, penal e cível, pela conduta de má aplicação de recursos públicos (art. 73 da Lei Complementar 101/2000). Também nesse contexto, embora o Código Penal tipificasse o crime de “emprego irregular de verbas ou rendas públicas” (“art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”), foi alterado pela Lei 10.028/2000, para incluir a previsão de novos tipos penais, tendo por bem jurídico especificamente tutelado as finanças públicas: **contratação indevida de operação de crédito (art. 359-A)**: ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa ou com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; ou quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei; **inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar (art. 359-B)**: ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei; **assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-C)**: ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no

programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual e à realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, I e II). Ademais, merecem destaque as principais regras, princípios e características extraídos diretamente a partir do texto constitucional: a) competência legislativa concorrente conferida a todos os entes federados para legislar sobre a matéria financeira e orçamentária (art. 24, II c/c art. 30, II); b) iniciativa privativa do Presidente da República para propor lei que disponha sobre matéria orçamentária (art. 61, § 1º, II, “b”), vedando-se, no entanto, a edição de Medida Provisória com semelhante conteúdo (art. 62, § 1º, I, “d”); c) exigência de reserva legal à autorização orçamentária, prevendo como espécies de leis orçamentárias a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual (art. 165); d) periodicidade, em regra, anual do orçamento público, devendo, a cada ano, ser renovada a autorização orçamentária (art. 165, III); e) processo legislativo especial para elaboração das leis orçamentárias, de competência do Poder Legislativo, a partir de projeto de lei encaminhado pelo chefe do Poder Executivo (art. 166); f) ampla transparência pública, por meio eletrônico, das informações orçamentárias e fiscais, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados (art. 163-A); g) dever de conduzir políticas fiscais e planejamento orçamentário no sentido de observar a sustentabilidade financeira, prevenindo efeitos nocivos às futuras gerações (art. 163, VIII c/c art. 164-A, caput e parágrafo único); h) apresentação bimestral de relatório resumido da execução orçamentária (art. 165, § 3º), viabilizando, assim, a possibilidade de contingenciamento das despesas autorizadas²⁶⁸; h) unidade e universalidade do orçamento

exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa; **ordenação de despesa não autorizada (art. 359-D)**: ordenar despesa não autorizada por lei; **prestação de garantia graciosa (art. 359-E)**: prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei; **não cancelamento de restos a pagar (art. 359-F)**: deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei; **aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (Art. 359-G)**: ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura; **oferta pública ou colocação de títulos no mercado (Art. 359-H)**: ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia.

²⁶⁸ A previsão encontra regulamentação ao nível infraconstitucional no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual “[s]e verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Trata-se de instrumento de enfrentamento de situação emergencial financeira a autorizar, como se vê, a própria ineficácia da autorização orçamentária. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (cfr.: MS 34483 MC, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017), “[é] dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de

público, devendo abranger e reunir, na medida do possível, em uma única peça todas as receitas e despesas do ente público (art. 165, § 5º); i) previsão de vinculação na execução ao conteúdo orçamentário, devendo a Administração executar as programações orçamentárias, adotando as providências necessárias a garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade, sem embargo da observância dos dispositivos constitucionais e legais que estabeleçam metas fiscais ou limites de despesas, óbices justificados de ordem técnica (art. 165, §§ 10 e 11); h) caráter impositivo, de execução obrigatória, das emendas parlamentares (individuais e de bancada) ao projeto de lei orçamentária, salvo impedimento de ordem técnica (art. 166, §§11 e 12 c/c art. 166-A).

Importante notar que alterações constitucionais mais recentes, sobretudo a partir das Emendas Constitucionais 86/2015, 100/2019 e 105/2019, têm impulsionado grande transformação da natureza jurídica da peça orçamentária no Brasil, que sempre foi considerada, em conformidade com a visão clássica, como verdadeira autorização legal²⁶⁹ conferida à Administração Pública para gerir os recursos orientada pela discricionariedade administrativa. Não se estabelecia, assim, impositividade na sua execução, sobretudo na definição das despesas discricionárias. Como exposto acima, vários dispositivos constitucionais imprimiram redefinição de sua natureza, suscitando importante reflexão acerca da nova percepção impositiva da lei orçamentária. Essa discussão merece aprofundamento²⁷⁰, não adequada aos objetivos da presente pesquisa. Ressalte-se que a

receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (LC n.º 101/2000, art. 9º), operando-se esses ajustes em um ambiente de diálogo institucional, em que o Poder Executivo sinaliza o montante da frustração de receita - calculada a partir do que fora projetado no momento da edição da lei orçamentária e a receita efetivamente arrecadada no curso do exercício financeiro de referência - e os demais Poderes e órgãos autônomos da República, no exercício de sua autonomia administrativa, promovem os cortes necessários em suas despesas para adequarem as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados, conforme sua conveniência e oportunidade". Ressalte-se, ainda sobre esse tema, que no julgamento da ADI 2238 (cfr. ADI 2238, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que autorizava o Poder Executivo, diante da inércia dos demais Poderes, a limitar os valores segundo os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Entendeu-se que citado dispositivo “*não guardou pertinência com o modelo de freios e contrapesos estabelecido constitucionalmente para assegurar o exercício responsável da autonomia financeira por parte dos Poderes Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, ao estabelecer inconstitucional hierarquização subserviente em relação ao Executivo*”.

²⁶⁹ Nesse sentido, cfr. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 417.

²⁷⁰ Adverte-se que, embora a questão deverá ser tratada na seção alusiva à execução orçamentária, importante, desde já, destacar traços primeiros sobre a vinculação do conteúdo do orçamento. No contexto brasileiro, pode-se afirmar que, a partir das recentes alterações constitucionais, imprimidas sobretudo a partir das Emendas 86/2015, 100/2019 e 105/2019, sua compreensão segue em transição de um modelo “ainda autorizativo” para um modelo “impositivo”. Nesse sentido, cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 276: “[*e*]sta última espécie [orçamento autorizativo] foi por largo tempo

perspectiva aqui perseguida se dirige a analisar a despesa pública enquanto ato administrativo concreto, sem lucubrar sobre os limites orçamentários estabelecidos pelo legislador. Parte-se, assim, da premissa estabilizada do volume de despesa definido, para então perscrutar se o ato despesista se conforma com o ordenamento jurídico, observando, por óbvio, a compatibilidade formal com a autorização orçamentária, mas, mais importante para os fins aqui almejados, verificando sua adequação às finalidades estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Saliente-se, ainda, que a própria Constituição Federal estabelece que compete à lei complementar “*dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual*” (art. 165, § 9º). Com a omissão legislativa na regulamentação do citado dispositivo, a Lei n.º 4.320/64²⁷¹ foi considerada recepcionada pelo ordenamento jurídico, com status de lei complementar, passando a tratar dessas e outras questões, no campo infraconstitucional, estabelecendo regras gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados (art. 1º). Sinteticamente, em relação à elaboração orçamentária, confere-se relevância aos seguintes aspectos²⁷²: a) estabelecimento da previsão orçamentária com discriminação da receita e despesa, permitindo observar a política econômico-financeira do Governo, atendidos os princípios de “unidade, universalidade e anualidade” (art. 2º); b) detalhamento da universalidade orçamentária, a contemplar a previsão de todas as receitas e despesas do ente público (art. 3º e 4º); c) elementos formais necessários à apresentação do projeto de lei orçamentária, especialmente “mensagem”, com exposição detalhada da situação econômico-financeira do ente público; “projeto de Lei de Orçamento”; “tabelas explicativas”; e “especificação dos programas especiais de trabalho” (art. 22).

considerada pela doutrina e pela jurisprudência como adotada no Brasil, mas, atualmente, o orçamento público brasileiro vem se aproximando do modelo impositivo”.

²⁷¹ Não obstante a exigência constitucional de lei complementar a regulamentar a matéria, espécie normativa distinta de lei ordinária (art. 59 da Constituição Federal), a Lei 4.320/64, originariamente editada sob a forma de lei ordinária, foi considerada, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, recepcionada pela ordem constitucional vigente como lei complementar. À guisa de ilustração, segue excerto de precedente do Supremo Tribunal Federal: “(...) *É que até agora não tendo sido editada lei complementar que discipline o preceito constitucional invocado, a lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que instituiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União está recepcionada pela Constituição Federal, com status de lei complementar, visto que do contrário restaria de braços cruzados, e em pânico, a Administração Pública, impedida que estaria de realizar as suas atividades institucionais (...)*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1726**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 16 set. 1998. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021).

²⁷² Note-se que alguns desses aspectos foram elevados ao patamar constitucional, com o advento da Constituição de 1988, muito tempo depois.

Ainda sobre o processo de construção da autorização orçamentária, perspectivando efetividade à cidadania fiscal, merece menção especial a aplicação do “orçamento participativo”, instrumento de abertura política que possibilita, ainda que timidamente, a participação popular na elaboração do orçamento público. Na Constituição Federal, não se verifica expressa previsão acerca da manifestação participativa na elaboração orçamentária, muito menos qualquer dispositivo que confira vinculação, nem como proposta a ser submetida a apreciação legislativa, às manifestações democráticas. Mais próximo que se encontra no texto constitucional acerca do tema, em relação aos municípios, é a previsão contida no artigo 29, XII, que prevê cooperação das associações representativas no planejamento municipal. A partir daí, buscando imprimir legitimidade democrática à elaboração orçamentária, leis infraconstitucionais passaram a prever condições para participação popular. Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) estabelece como instrumento de transparência na gestão fiscal, dentre outros, “*incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos*” (art. 48, § 1º, I). Ainda, o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), que define diretrizes gerais da política urbana, também dispõe, como instrumento de planejamento da política urbana municipal, dentre outros, gestão orçamentária participativa (art. 4º, III, alínea “f”), prevendo, no âmbito municipal, a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (art. 44).

Com esses contornos legais, através do “orçamento participativo”, estabelecem-se “*centros de decisões descentralizados e independentes, para que, através de conselhos populares especialmente criados, haja uma efetiva representação da opinião pública local, oferecendo ao cidadão um canal específico para manifestar suas necessidades*”²⁷³. Ressalta o professor RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA que essa iniciativa faz despertar a consciência do cidadão ativo, permitindo o surgimento de novas ideias e efetivo estabelecimento da democracia²⁷⁴. Não obstante as reconhecidas virtudes²⁷⁵ do “orçamento

²⁷³ Cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 315.

²⁷⁴ Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 666. O autor indica outros pontos característicos (requisitos e vantagens) do modelo de orçamento participativo: “a) busca a decisão descentralizada; b) cria conselhos populares, o que enseja a produção de opinião pública independente; c) faz com que o cidadão desloque seu centro de atenção para os problemas locais; d) gera a consciência da participação do cidadão; e) dá nascimento a dois focos de poder democrático; um, pelo voto; outro, pelas instituições diretas de participação; f) objetiva criar condições para a aprovação do

participativo”, na prática, acaba sendo utilizado como discurso meramente retórico, de “legitimação democrática oca”, porquanto não há qualquer vinculação do Poder Executivo (na proposta orçamentária inicial) nem do Poder Legislativo (na discussão e aprovação orçamentária) à participação popular²⁷⁶. Além disso, deve-se observar, dentre outras desvantagens de sua implementação, conforme já exposto anteriormente, a problemática da frágil compreensão individual de cidadania, influenciada pelo insuficiente nível de instrução popular e pela tendência de maximização dos interesses exclusivamente pessoais, resultando em escolhas deturpadas e dissonantes do “bem comum”. Daí a se concluir que, embora represente importante contribuição à efetivação da democracia participativa, tendo em conta as dificuldades reflexas, há que se encontrar, de *lege ferenda*, fundamento para conferir efetividade às manifestações populares em matéria orçamentária, sem ignorar os possíveis efeitos reflexos na própria prossecução do interesse público.

b) Portugal

No *Direito Português*, a Constituição da República também apresenta regras específicas sobre o orçamento público, no Título dedicado ao Sistema financeiro e fiscal (artigos 105.º a 107.º)²⁷⁷. Não estabelece, conforme se observa, detalhamento acentuado, mas traz regras e princípios importantes à construção do modelo de previsão de receitas e despesas no contexto do ordenamento jurídico português: a) marcado pela universalidade, pois, na

orçamento e despertar a participação; g) enseja a instauração de um processo aberto de discussão; h) necessita de autorregulação interna, para disciplina do processo decisório e para que não nasça viciado” (ibid., p. 666).

²⁷⁵ Embora seja evidente a virtude destacada no texto, importante realçar seus impactos positivos sem desconsiderar possíveis desvantagens ou efeitos nocivos reflexos (cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 316): “[c]omo vantagens, pode-se dizer que: a) haveria um fortalecimento da cidadania e da democracia deliberativa; b) permitiria escolhas comunitárias conforme suas maiores necessidades; c) traria ao cidadão maior transparência do custo/benefício do orçamento. Já como desvantagens, identificam-se: a) o enfraquecimento da representação política ao demonstrar sua dispensabilidade; b) uma possível manipulação do conteúdo do orçamento por interesses individuais específicos; c) a exigência de conhecimento técnico para análise das propostas, o que nem sempre se vislumbra nas manifestações populares; d) a inexistência de visão global da peça do orçamento, já que o foco será sempre local”.

²⁷⁶ Nesse mesmo sentido, observando problemas e dificuldades do orçamento participativo, cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 667-675.

²⁷⁷ Conforme adverte a professora Maria d’Oliveira Martins (cfr. MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 207), embora o aspecto aqui sublinhado se atenha aos traços gerais da elaboração orçamentária, como que linearizando sua construção, naturalmente, não se desconsidera a existência de instrumentos orçamentários espalhados em conformidade com os subsetores do Estado, de modo a contemplar, para além do já mencionado Orçamento do Estado (art. 105.º, n.º. 1, da Constituição), os Orçamentos locais (art. 238.º, n.º. 1, da Constituição), abrangendo as finanças públicas dos organismos municipais, das freguesias e dos serviços autônomos da administração local; e os Orçamentos regionais (art. 227.º, n.º. 1, alínea “p”), relativos aos departamentos regionais e fundos autônomos da Administração regional, cada qual com sua especificidade e diploma normativo próprio.

medida do possível, o orçamento deve conter a discriminação de todas as receitas e despesas do Estado (art. 105.º, n.º 1, alínea “a”); b) seus limites devem observar as políticas públicas definidas em obrigações materiais estabelecidas em lei ou contrato (art. 105.º, n.º 2); c) apresenta-se como peça única e de amplo conhecimento público (art. 105.º, n.º 3); d) requisitos específicos para o processo legislativo de elaboração da lei do orçamento (art. 106.º), iniciativa atribuída ao Governo para encaminhar a proposta orçamentária, a ser debatida e aprovada pelo Poder Legislativo (art. 161.º, alínea “g”), com a consequente chancela do Presidente da República (sanção ou veto); e) estabelecimento de “dispositivo-travão”, pelo que se veda, de forma ampla, a apresentação de projetos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que acarretem, para o exercício financeiro em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento (art. 167.º, n.º 2)²⁷⁸.

No ordenamento jurídico português, a Lei de Enquadramento Orçamental (lei n.º 151/2015) estabelece as diretrizes gerais do orçamento público, com destaque para as regras e os procedimentos relativos à elaboração, execução e fiscalização do Orçamento do Estado. Trata-se de reforma do sistema orçamentário português, implementado com a revogação da Lei 91/2001, refletindo as influências próximas do FMI e da OCDE, pelo que, “*na prática, o processo orçamental já não é visto antes de mais como um processo legislativo, mas sim como um processo político com dimensão económica e financeira*”²⁷⁹. De todo modo, oportuno ressaltar que os princípios extraídos da referida Lei se aplicam não apenas ao Orçamento do Estado, mas, também, a todos os Orçamentos do setor público administrativo (art 1.º, alínea “a” c/c art. 2.º, n.º. 2, da Lei de Enquadramento Orçamental 151/2015)²⁸⁰. Com especial relevância ao Direito da despesa pública, destaca-se de sua aplicação²⁸¹: a) plenitude orçamentária, com exigência de unidade e universalidade de suas previsões, evitando

²⁷⁸ O sentido da regra constitucional segue a garantir a higidez do planeamento orçamentário, evitando que novos gastos pudessem causar déficit das finanças públicas. A regra é criticada por MARIA D’OLIVEIRA MARTINS (MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 240), pois acaba colocando o Estado em situação de cegueira diante de despesas reprodutivas. De fato, em que pese a relevância do dispositivo para a austeridade das finanças e equilíbrio orçamentário, não se pode desconsiderar que a autorização orçamentária envolve juízos de prognose, que podem não se confirmar, a justificar, diante da realidade social concreta, redefinição de políticas públicas e, por consequência, majoração de despesas inicialmente previstas, com os ajustes orçamentários necessários.

²⁷⁹ Cfr. SARMENTO, Joaquim Miranda. A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental, **Revista Julgar (on line)**, n. 9, setembro/2015, disponível em <http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/>, acesso em 02 jun. 2021, p. 05.

²⁸⁰ MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 208.

²⁸¹ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 75-76; MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 207-228.

multiplicidade de autorizações legislativas sobre a matéria orçamentária e exigindo um único documento com abrangência sobre todas as receitas e despesas do ente público (art. 9.º); b) sujeição à estabilidade orçamentária, a considerar globalmente situação de equilíbrio financeiro (art. 10.º); c) observância à sustentabilidade das finanças públicas, pelo que os compromissos públicos devem se submeter à capacidade financeira estabelecida pela regra de saldo orçamental estrutural e da dívida pública (art. 11.º); d) respeito à equidade intergeracional, de modo a não onerar excessivamente as gerações futuras (art. 13.º); e) periodicidade anual de renovação de autorização orçamentária, considerando a plurianualidade em matéria de planejamento e programação orçamentária dos serviços e das entidades que compõem os subsetores da administração central e da segurança social art. 14.º; f) previsão de despesas públicas obrigatórias (art. 44.º, n.º 2); iii) exigência absoluta de prévia autorização orçamentária à sua execução (art. 52.º, n.º 3, alínea “b”); g) a execução orçamentária, manifestada no ato despesista, deve satisfazer os “requisitos princípios da economia, eficiência e eficácia” (art. 52.º, n.º 3, alínea “c”); h) transparência orçamentária, a impor ampla disponibilização das informações sobre aprovação, execução e controle dos orçamentos públicos (art. 19.º).

c) Espanha

No *Direito espanhol*, segue-se a ideia já apresentada do orçamento público, comum aos sistemas jurídicos brasileiro e português, compreendendo-se que “*los Presupuestos son la Ley por la que cada año el legislativo autoriza al ejecutivo a realizar los gastos públicos, con los fines y los limites que la propia Ley señala*”²⁸². Assim, estabelece já no plano constitucional importantes bases para construção do orçamento público, dispondo, em especial entre os artigos 134 e 135, sobre a distribuição de competência entre Poder Executivo e Legislativo e diretrizes para cada atuação, bem como estabelecendo a vinculação de seu conteúdo em conformidade com a estabilidade orçamentária²⁸³. Dentre essas regras,

²⁸² Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 868. Calha destacar a advertência de referidos autores (*ibid.*, p. 876) para a visão jurídico-financeira atual observa o orçamento público como resultado de uma atuação cooperativa e coordenada para definição e posterior execução do gasto público, a ponto de considerá-lo manifestação de “poder indiviso” entre legislativo e executivo para sua elaboração, aprovação, execução e controle, o que, somado à insuficiência da ideia de “autorização” para exaurir a amplitude dos efeitos jurídicos da lei orçamentárias, “*en lugar de concebirlo como ley de autorización sería más exacto hacerlo como ley de regulación de ordenación jurídica del gasto público, abandonando aquel anclaje exclusivo en los efectos habilitadores que caracterizaban*”.

²⁸³ Oportuno ressaltar, com apoio da doutrina espanhola (MIAJA FOL, Miguel. *Actividad Financiera y presupuesto de gastos*. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed.

destacam-se: a) incumbe ao Governo a apresentação da proposta orçamentária e ao Poder Legislativo (“Cortes Gerais”) a sua análise, emenda e aprovação (art. 134.1º); b) periodicidade anual do orçamento público, devendo conter, de modo abrangente, a totalidade receitas e despesas do setor público (art. 134.2º)²⁸⁴; c) exige-se anterioridade de aprovação à execução, impondo-se, automaticamente, em caso de não aprovação antes de iniciado o exercício financeiro, a prorrogação dos orçamentos até então vigentes, enquanto não forem aprovados os novos (art. 134.4º); d) somente com a aprovação dos Orçamentos Gerais do Estado, será possível a apresentação de projetos de lei, por iniciativa do Governo ou com sua anuência²⁸⁵, com previsão de aumento das despesas públicas ou diminuição das receitas referentes ao mesmo exercício orçamental (art. 134.5º e 6º); e) a Administração Pública deve observar o princípio da estabilidade orçamental, não podendo se sujeitar a déficit financeiro que supere os limites estabelecidos, se for o caso, pela União Europeia para os Estados-Membros e por lei orgânica específica, em conformidade com o seu produto interno bruto (art. 135.1º e 2º).

No âmbito infraconstitucional, detalha-se a construção da autorização orçamentária a partir da aplicação sistemática da “Ley General Presupuestaria”, atual Lei n.º 47/2003 (LGP),

Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 31), que a Constituição de 1812 (art. 341 e 342) reconhece originariamente a exigência de decisão de planeamento financeiro submetida ao Poder Legislativo, preceito que viria a ser sedimentado e reafirmado pelas Constituições seguintes.

²⁸⁴ A doutrina espanhola (cfr. MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 876-877) reconhece integração e complementação recíproca aos princípios da unidade e universalidade orçamentária a ponto de conferir-lhes aspectos ou manifestações de um único princípio: “[e]s posible, sin embargo, diferenciarlos teniendo el de unidad una proyección más centrada en la forma, con exigencia de un Presupuesto único, y el de universalidade, sobre el contenido, ordenando que se incluyan todos los ingresos y gastos públicos en esse Presupuesto, extendiéndose a la no afectación recíproca entre unos y otros”.

²⁸⁵ Sobre esse ponto, o Tribunal Constitucional espanhol já se posicionou pela possibilidade de controle técnico-jurídico sobre o veto lançado sobre iniciativas parlamentares orçamentárias, autorizando, sem adentrar em qualquer juízo de oportunidade, sua superação a partir de análise levada a efeito pelo Poder Legislativo com base na incorreção da motivação utilizada. Confirma-se, por relevante trecho do julgamento da STC 34/2018 (ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Sentencia 34/2018**. Relator: Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, j. 12.04.2018. Disponível em: < https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/25627#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 07 jun. 2021): “Para poder encontrar encaje en la potestad del artículo 134.6 CE bastará con que la motivación del Gobierno precise adecuadamente los concretos créditos que se verían directamente afectados, de entre los contenidos en el presupuesto en vigor, habida cuenta que es éste el que cumple en cada momento su función instrumental a la propia acción de Gobierno (art. 97 CE). La potestad del Gobierno, en suma, tiene, como se ha reiterado, la función esencial de salvaguardar el propio plan presupuestario; esto es, el contenido mínimo, necesario e indisponible de toda ley de presupuestos, que está constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos. (...) Pero ello no impide, sin embargo, un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por éste, que no se ha justificado la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el propio presupuesto que, en cada ejercicio, cumple la función instrumental a la propia acción de Gobierno. En suma, con independencia del tipo de iniciativa o proceso parlamentario, corresponde a este órgano de la Cámara ejercer una limitada función de calificación del criterio del Gobierno, como parte de su función genérica de calificación en relación con los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno. Tal función de la Mesa tiene en todo caso carácter jurídico-técnico, no respondiendo en ningún caso a criterios de oportunidad política.”

que dispõe sobre todo o ciclo orçamentário, desde elaboração até execução e controle; e da “Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera” (LO), que se propõe a desenvolver a regulamentação do artigo 135 da Constituição da Espanha. No que interessa aos fins deste trabalho, em visão panorâmica do quadro orçamentário espanhol, ganha destaque²⁸⁶: a) a regulamentação é ampla, alcançando a Administração Geral do Estado e o setor público estatal (art. 2º LGP); b) exigibilidade de obrigações legais condicionada à existência de créditos orçamentários para atendê-las (arts. 20 e 21 LGP)²⁸⁷; b) o orçamento estabelece a autorização para gastos, fixando, assim, valores para cada dispêndio e estabelecendo limites qualitativos (art. 27.2 e 42 LGP), quantitativos (art. 46 LGP) e temporais (art. 49 LGP) para sua execução, de modo que cada “crédito presupuestario” se destina exclusivamente, na delimitação volumétrica estabelecida, à finalidade para a qual foi instituído e no exercício financeiro a que se referem; b) critérios, diretrizes e procedimentos de elaboração do orçamento e respectiva estrutura normativa (arts 36 a 41 LGP); d) definição de parâmetros vinculantes ao poder público (setor público territorial e institucional), devendo adequar a elaboração e execução orçamentária à estabilidade e sustentabilidade financeira como garantia do crescimento econômico e garantia de emprego, mediante situação de equilíbrio ou superavit estrutural e capacidade de financiar compromissos de gastos atuais e futuros rigorosamente nos limites legalmente estabelecidos (arts. 1º a 4º LO); e) previsão de medidas preventivas, corretivas e coercitivas para assegurar o cumprimento dos objetivos firmados nas leis orçamentárias (art. 18 a 26); f) ampla transparência das informações financeiras, disponibilizando elementos suficientes que permitam a verificação da situação financeira do ente público, o cumprimento dos objetivos de estabilidade orçamentária e de sustentabilidade financeira e a observância da normativa europeia sobre a matéria (art. 6º, 27 e 28 LO).

Antes de prosseguir, oportuna nota explicativa sobre o debate da natureza vinculante da proposta orçamentária. No ordenamento jurídico espanhol, prevalece o entendimento por sua condição autorizativa, não impondo a execução nos exatos termos que aprovada a despesa geral²⁸⁸. De outro modo, o orçamento revela-se vinculante quanto às limitações estabelecidas

²⁸⁶ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 871-886.

²⁸⁷ Nesse sentido, cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 874: “[d]e manera que sólo la Ley de Presupuestos permite que una obligación pública pueda hacerse efectiva, mediante la realización del correspondiente gasto en ella previsto. Así lo ha reconocido, recogiendo esa misma terminología, la STC 63/1986, de 21 de mayo, al considerar que el crédito presupuestario por sí solo no crea la obligación, pero sí es condición de su efectividad”.

²⁸⁸ Cfr.: CAZORLA PRIETO, Luís Maria. **Derecho Financiero y Tributario** – Parte General. 4 ed. Madrid: Aranzadi, 2003, p. 179-180. Assim, “[a]l margen del juicio político-económico acerca de la ejecución del

em relação aos valores, finalidade e âmbito de aplicação da despesa, pois “no podrá la Administración realizar gastos por un importe que supere al del crédito aprobado por el legislativo”; “[t]ampoco podrá destinar la cuantía aprobada para atenciones distintas de las expresamente consignadas”; e, por fim, “tendrá la Administración que realizar el gasto dentro de dicho período”²⁸⁹.

A análise conjunta, ainda que panorâmica e superficial, dos principais aspectos da regulamentação orçamentária, bem demonstra a sua relevância para a estruturação das finanças públicas e, por conseguinte, para a definição jurídica da despesa pública. Vale dizer, sem a observância das regras e princípios expostos, a despesa sequer pode ser cogitada, pois a autorização orçamentária constitui a concepção embrionária do futuro ato despesista, estabelecendo, categoricamente, desde cedo, ponto de partida diretivo e condicionado para o alcance dos resultados almejados.

Obviamente, envolto por intenso processo de influência política e de interesses diversos, a construção orçamentária pode ser desviada a caminhos desconhecidos, que não se adéquam à regularidade jurídica, revelando-se ainda mais complexo se observadas a particularidades econômico-sociais de cada Estado nacional. Inviabiliza-se, assim, tratamento aprofundado, neste espaço, das dificuldades, problemas e nuances de cada ordenamento jurídico analisado, especialmente se considerando que não constitui propósito desta pesquisa seguir a investigação sobre critérios, virtudes e incoerências os orçamentos públicos nos diversos ordenamentos.

Percebem-se, assim, traços comuns, com alguma oscilação, na definição da autorização orçamentária: constitui processo periódico de formação a partir da participação cooperativa dos atores políticos (especialmente poder executivo e legislativo), mediante unidade e universalidade de conteúdo, para alcançar equilíbrio e sustentabilidade das finanças públicas.

Com essa perspectiva, é possível extrair da reflexão comum dos ordenamentos jurídicos expostos a premissa imprescindível de prévio respaldo orçamentário a conferir regularidade à despesa pública. Sem o pleno atendimento dessa condição, como dito, sequer se vislumbra a possibilidade da despesa pública. Como visto, com essa envergadura (e com certo exagero), pode-se até admitir que a peça orçamentária alcança status “supralegal”,

Presupuesto que esto merezca, nada impede jurídicamente que se gaste por debajo del límite consagrado presupuestariamente” (*ibid.* p. 180).

²⁸⁹ Cfr.: MIAJA FOL, Miguel. Actividad Financiera y presupuesto de gastos. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 51; ELENO RODRÍGUEZ, David. Acto administrativo y relación jurídica de gasto. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, 69-71.

porque passa a ter aptidão de retirar eficácia de outros diplomas legais que estabelecem obrigação ao Estado²⁹⁰.

3.2. Dimensão de execução: nível de juridicidade do ato administrativo despesista

Estabelecidas, pois, as premissas necessárias à regularidade e harmonia das finanças públicas, pode-se, então, avançar para descortinar o conjunto normativo que confere correção à despesa pública. Em outros termos, importa lucubrar quais condicionantes normativamente estabelecidos se impõem ao reconhecimento da “legalidade”²⁹¹ da despesa pública.

Evidentemente, a compatibilidade jurídica da despesa pública parte da premissa da respectiva autorização orçamentária, sem a qual, como visto, sequer tem início o iter justificador do dispêndio. Seguindo esse curso, a despesa pública somente será considerada formalmente válida se observar os requisitos e etapas à sua efetivação. Mas não apenas isso. Está-se, aqui, a tratar da conformação da despesa pública com o ordenamento jurídico, que acaba por envolver a análise de complexo conjunto de regras e princípios que condicionam sua efetivação. Mais adiante, demonstrar-se-á que essa análise da legalidade não se restringe à acomodação formal da despesa pública no universo jurídico, devendo, ainda por imperativo normativo, em razão da substanciação do princípio da legalidade, haver sua conformação jurídica material com a prossecução do interesse público, notadamente pela aferição de adequação de meios e resultados dimensionada pela eficiência da decisão pública despesista.

É justamente a distinção entre enunciado normativo e o seu conteúdo que estabelece o fundamento da presente investigação, afinal, “só as normas existem no plano deôntico do direito e a produção de efeitos de direito só deriva das normas, sendo a linguagem uma forma

²⁹⁰ Nesse sentido, ressalta a doutrina, embora se referindo ao ordenamento jurídico espanhol, estabelecendo a necessidade de existência de previsão orçamentária como condição para efetividade de obrigação legal (Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 874): “[e]ste último aspecto precisamente es el que ilustra la posición y función de la ley presupuestaria respecto al resto de normas legales del ordenamento. Atendiendo a la división de los arts. 20 y 21 LGP entre obligaciones económicas o financieras de pago, es obvio que, si la ley que aprueba el programa o plan es susceptible de hacer nacer obligaciones económicas para la Hacienda Pública, la efectividad de éstas queda pendiente de que exista crédito presupuestario para atenderlas. De manera que sólo la Ley de Presupuestos permite que una obligación pública pueda hacerse efectiva, mediante la realización del correspondiente gasto en ella previsto”.

²⁹¹ Propositalmente, fez-se referência à “legalidade” com significação de licitude, para chamar a atenção para a inadequação de sua utilização como crítica à redução do conteúdo da correção despesista aos aspectos legais. A discussão será retomada mais adiante, pretendendo-se, por ora, analisar os requisitos, mais formais, para a validade da despesa pública.

de comunicação e os actos em que esta se insere um exercício específico de outras normas”²⁹².

Assim, conferindo-se substância ao desenvolvimento da presente investigação, supera-se o modelo de simples confrontação da despesa pública com a regra legal estática, assumindo-se, pois, “que o material jurídico-normativo se apresenta como uma realidade biforme e estruturalmente heterogênea”²⁹³, revelada, distintamente, pelas regras e princípios, sem que, com isso, retire-se juridicidade e normatividade de qualquer de um deles.

Essa análise desenvolve-se em circunstâncias complexas em que a despesa pública é percebida pela sociedade como representação fiel de instrumento para dilapidação dos recursos públicos. Qualquer menção à utilização de determinado montante pelo Poder Público em finalidade específica é logo considerada como anúncio eloquente do “mal” que se avizinha, de modo que, “*quando se fala em despesa, a tónica é recorrente: os dinheiros públicos são mal empregues, servem o populismo e o eleitoralismo, potenciam endividamento excessivo, e estão ao serviço dos erros do Estado, das suas malversações e das suas ineficiências*”²⁹⁴.

Com esse cenário injustamente negativo, pois não se concebe desenvolvimento social a partir da atuação estatal sem dispêndio público, projeta-se solução distópica centrada na intensidade de incremento da arrecadação de recursos, para, assim, viabilizar novos e crescentes gastos, sem observar necessariamente a qualidade de seu conteúdo,

²⁹² Cfr.: DUARTE, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa** – a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Administrativa. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71. Didaticamente, referido autor argumenta que “a distinção entre a expressão da norma e a norma ou entre a representação de um significado normativo e o próprio significado normativo é, de alguma forma, um resultado inafastável da distinção entre enunciado e o conteúdo deste” (*ibid.*, p. 65).

²⁹³ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos** – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 156. Ressalte-se que esse encontro normativo revela-se imprescindível para a composição do quadro de conformação jurídica da despesa pública, pois, como afirma referido autor, “[n]uma visão ortodoxa, dir-se-á mesmo que os princípios terão necessariamente um conteúdo relacionado com as ideias de *bondade* e de *justiça* enquanto as regras poderão ser axiologicamente neutras, apresentando um conteúdo puramente técnico ou instrumental” (*ibid.*, p. 157), ambos conteúdos com significativo peso para o controle do ato despesista.

²⁹⁴ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 19. O professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA ainda apresenta duas possíveis razões para a formação dessa “consciência coletiva”: “*em primeiro lugar, releva a circunstância de que o custeio dos encargos impele o Estado e os outros entes públicos a buscar meios de financiamento que são tradicionalmente vistos como invasivos e restritivos da propriedade, seja de um modo direto através de taxas (muitas vezes não economicamente equivalentes à contraprestação obtida), seja de um modo indireto através de impostos e contribuições genéricas (frequentemente considerados desproporcionais e desigualitários); em segundo lugar – e com particular relevância nas presentes considerações – salienta-se o facto de que muitas despesas públicas são encaradas (e por vezes ‘julgadas’) como desnecessárias, mal concebidas, ou mesmo como tendo base corruptiva e criminal*” (*ibid.* p. 18-19).

desconsiderando-se que, em verdade, “*la causa y justificación del ingreso es el gasto*”²⁹⁵. Timidamente, nas últimas décadas, sobretudo a partir do apogeu do neoliberalismo²⁹⁶ nas décadas de 80 e 90, a despesa finalmente passa a ser percebida, sendo observada a necessidade de seu efetivo controle para se resguardar equilíbrio financeiro estatal²⁹⁷.

Justificam-se, assim, os parâmetros de definição normativa de efetivação das despesas públicas, crescendo ano a ano as regras e princípios que tutelam sua efetivação, que findam por ocasionar, como efeito colateral, impacto direto na discricionariedade legítima na gestão dos recursos públicos. Como dito e como se verá ainda mais, a burocracia apresenta-se ampla e crescente, em sufocante tentativa de limitar para racionalizar a aplicação de recursos públicos.

Por ora, calha iniciar tratando dos aspectos mais formais e extrínsecos da legalidade aplicável à despesa pública, critérios que se impõem objetiva e abstratamente ao agir administrativo e sem os quais tenderá à ilicitude. Decerto, apesar de apresentar traços gerais comuns, cada vez mais se voltando ao enrijecimento burocrático da gestão pública, para,

²⁹⁵ Cfr.: BALLESTEROS ÁLAVA, Pio. **Manual de Hacienda Publica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 84. Como destaca referido autor (*ibid.* p. 98), historicamente, não tem havido um enlace harmônico entre aumento de riqueza e o crescimento progressivo dos gastos públicos: “*sólo un aumento de riqueza nacional puede consentir un incremento duradero del gasto público efectivo; pero el problema no há sido motivo de discusión en tales términos, sino que se há sostenido ser aquel aumento causa determinante de elevarse los gastos públicos (WAGNER)*”.

²⁹⁶ Adota-se aqui a dimensão conceitual do neoliberalismo como processo de transformação político-econômica, de inspiração capitalista, que se volta ao fomento da liberdade econômica e ao distanciamento do Estado da promoção de políticas sociais, posicionando-se como agente regulador, e não mais provedor. Adotam-se, assim, políticas de privatização; desregulação; maior confiança ao mercado; racionalização, eficiência e eficácia administrativa, com atenção à análise de custo-benefício dessa atuação (Cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 31-32). Como destaca LUÍS ROBERTO BARROSO (cfr.: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66), “o neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado”. Em tom ainda mais crítico, afirma ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES (cfr. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia**. p. 09-66. **Boletim de Ciências Econômicas**. Vol XLVI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: <<https://digitalis.uc.pt/pt-pt/node/106201?hdl=24862>>. Acesso em: 16 dez. 2021, p. 57), que o projeto neoliberal aponta para “[a] destruição do estado-nação e, nomeadamente, a liquidação do estado-providência”, fundado na ideia da supervalorização do mercado e da diminuição da atuação do Estado.

²⁹⁷ Essa supervalorização da receita pública, em detrimento da compreensão analítica da despesa pública, resultou, no curso evolutivo, na insuficiência e imprecisão científica do próprio conceito de despesa pública (Cfr.: PEREZ DE AYALA, Jose Luis; AMOROS RICA, Narciso. **Hacienda Publica (apuntes)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, p. 71). Reconhecia-se, assim, que “[e]l gasto público tenía una importancia secundaria, hasta el punto de ser casi ignorado en los manuales más básicos de Ciencia de la Hacienda” (*ibid.* p. 73). A essa posição com tendência mais latina, opunha-se a doutrina anglo-saxônica que, pautada nas correntes pós-keynesianas e da chamada “Economia do Bem-Estar”, conferia, desde muito cedo, importância teórica ao tema (*ibid.* p. 72). Ainda sobre o “abandono” da teoria do gasto público no século XX e em períodos atuais, cfr.: AMOROS, Narciso; MARIN, Manuel. **Hacienda Publica – actividad financeira, presupuesto y gasto público**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1973, p. 163; cfr.: MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso. **El Derecho de los Gastos Públicos**. In MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso (coord). **Manual de Derecho Presupuestario y de los Gastos Públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 156; CAZORLA PRIETO, Luís Maria. **Derecho Financiero y Tributario – Parte General**. 4 ed. Madrid: Aranzadi, 2003, p. 84.

assim, buscar evitar desvios na aplicação dos recursos públicos, cada ordenamento jurídico apresenta regulamentação específica a essa finalidade, conforme se observará a seguir.

a) Brasil

Após longos anos de discussão e intensa reflexão doutrinária em torno de soluções arrecadatórias para o problema das finanças públicas do Brasil, sobretudo a partir de propostas de reformas tributárias, nos últimos anos, guinou-se a atenção especulativa, passando a observar a despesa pública, suas nuances, volume, causas e reflexos, no cenário global de fragilidade das finanças públicas.

Ainda de forma acanhada no plano jurídico, embora já abundantes há algum tempo no plano econômico, somaram-se análises acerca dos impactos negativos do volume da despesa pública para o desenvolvimento das funções estatais e sua aparente dissincronia com a retribuição concreta em bens e serviços entregues pelo Estado, a ponto de se diagnosticar, por exemplo, que a carga tributária se apresenta mais injusta do que propriamente excessiva. Vale dizer, à guisa de ilustração, a imposição tributária elevada se justifica pelo acentuado patamar de despesas públicas, mas se expõe incoerente com o que o Estado efetivamente é capaz de entregar à sociedade.

Por essa razão, nos últimos anos, no Brasil, sem abandonar as discussões em torno de mecanismos de incremento da receita pública, imputou-se à despesa pública a possível causa da fragilidade das finanças públicas, quase que em movimento baseado em senso comum. Passou-se, pois, a perspectivar, no plano legislativo, caminhos para, senão reduzir, cercar e estancar a atividade estatal despesista.

Com esse propósito, apesar de reconhecer a existência de amplo complexo normativo, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 95/2016²⁹⁸, que alterou os artigos 106 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para, limitando drasticamente o gasto público da União e com reflexos nos demais entes federados, instaurar o que se denominou de Novo

²⁹⁸ A alteração constitucional resultou da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016, encaminhada pela Presidência da República, conforme legitimidade de iniciativa prevista no artigo 60, II, da Constituição Federal. A proposta ficou conhecida como “PEC do Teto dos Gastos Públicos”, especialmente porque propunha “*reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal*” (disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0711vpjtyo563jlu8uyr0q7vg21508954.node0?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016), propondo, para isso, a criação de um limite para o crescimento das despesas primária total do governo central.

Regime Fiscal, com vigência por vinte exercícios financeiros, a contar do ano de 2017 (art. 106 do ADCT).

Em síntese, a regra constitucional estabeleceu limite objetivo para a despesa primária, em cada ano, para cada Poder, sendo, i) para o exercício de 2017, no valor correspondente à despesa primária paga no exercício de 2016, corrigida em 7,2%; e, ii) para os exercícios posteriores, no valor correspondente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA. Desse modo, *“enquanto viger o modelo do Novo Regime Fiscal previsto na EC n.º 95/2016, não poderá haver crescimento real das despesas públicas federais, e o gasto de cada ano se limitará às despesas do ano anterior apenas corrigidas pela inflação, e assim sucessivamente”*²⁹⁹.

Por óbvio, não se mostra oportuno adentrar nos detalhes dessa recente imposição constitucional, nem tratar do acerto ou desacerto, vantagens ou desvantagens, da inovação legislativa constitucional. Importa, isto sim, reconhecer os impactos jurídicos de seu conteúdo sobre a regularidade do ato despesista, sobretudo na *“retomada da cultura da responsabilidade fiscal e adoção de uma nova mentalidade para a definição das opções prioritárias nas despesas e investimentos públicos”*³⁰⁰. Essa importante regra constitucional contextualiza a atual relevância da despesa pública no cenário brasileiro, a exigir maior esforço administrativo, técnica apurada e eficiência na alocação dos recursos.

Sublinhado o problema e referenciada a perspectiva linear da solução, que aponta, *a priori*, para a interceptação bruta do aumento do gasto público, colhem-se, como já afirmado, da legislação brasileira, várias normas a balizar a efetivação da despesa pública. Essa constatação, a propósito, foi reafirmada na própria Emenda Constitucional 95/2016, ao estabelecer, no texto constitucional, que as alterações introduzidas pelo Novo Regime Fiscal não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas (art. 112, II).

Por conseguinte, a partir da previsão normativa orçamentária, ainda no campo abstrato, seguindo para sua execução, a despesa pública emerge como ato administrativo a lhe conferir concreitude, aproximando-se das regras do Direito Administrativo, sem, obviamente, descuidar de regras próprias do Direito Financeiro. Por isso mesmo, a definição da despesa pública engloba o dispêndio efetivo, mas, também, etapa prévia que contém a escolha da

²⁹⁹ Cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 241.

³⁰⁰ Cfr.: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 243.

política pública específica e o meio adequado para sua execução e prossecução do interesse público.

Por isso, revela-se essencial tratar do procedimento para realização das despesas públicas. Nesse ponto, estabelece a Constituição Federal que, à exceção das ressalvas legais, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante prévio processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI)³⁰¹. Busca-se, assim, estabelecer procedimentos e condicionantes para que, necessariamente, a contratação pública manifeste conformidade com o interesse público.

Do mesmo modo, a Constituição Federal estabelece que a contratação para formação de quadro de pessoal, com vínculo funcional com a própria Administração Pública, deve ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II), ressalvando-se nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e a possibilidade de contratações por tempo determinado, através de processo seletivo simplificado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Observe-se que, a considerar o elevado volume que os gastos com pessoal representam para o Estado, esse dispêndio conta com regras específicas no texto constitucional, que estabelece no art. 169 a obrigatoriedade de vinculação aos limites estabelecidos em lei (Lei Complementar n. 101/2000). Com efeito, estabeleceu-se como consequência imediata a suspensão de transferências voluntárias de recursos federais ou estaduais federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que descumprirem aqueles limites (§2º). Ademais, a própria Constituição cuida de fixar providências sucessivas a serem adotadas para a hipótese de desrespeito aos limites legalmente estabelecidos (§3º)³⁰²: redução em pelo

³⁰¹ Inicialmente, foi editada a Lei n.º 8.666/93 que regulamentava o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública. Mais recentemente, foi aprovada e publicada a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, que revogou a legislação anterior, atualizando as regras anteriormente estabelecidas, mas cujos efeitos somente vão se operar integralmente em dois anos de sua publicação (*vacatio legis* prevista no artigo 193, II).

³⁰² Sobre a possibilidade extrema de dispensa de servidores estáveis, destaca-se trecho do voto proferido pelo Relator, Min. Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2238 pelo Supremo Tribunal Federal (cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2238**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 24 jun. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021): “[a] dupla finalidade da alteração constitucional na relativização da garantia de “estabilidade” ficou patente: (1) possibilitar a aferição demérito/produtividade do servidor; (2) resguardar as finanças públicas por meio de regras de responsabilidade fiscal. A Constituição Federal, portanto, passou a permitir a dispensa dos servidores públicos estáveis fora das hipóteses de sanção, apontando dessa maneira, em situações excepcionais, uma clara e nítida opção pela prevalência do interesse público em relação ao interesse individual do servidor. (...) Medida radical para momentos extremos. Medida excepcional para a preservação da atividade gerencial do Estado e garantia da continuidade do serviço público.”

menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança (I), exoneração dos servidores não estáveis (II), exoneração de servidores estáveis (§4º), hipótese em que fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (§ 5º).

Com objetivo de sublinhar as regras centrais acerca do gasto com pessoal, importante destacar que a Constituição Federal estabelece, no §1º, do artigo 169, regra fundamental para consolidação da sustentabilidade financeira, reafirmando a necessidade de previsão na lei orçamentária anual e lei de diretrizes orçamentárias para novas despesas com pessoal (alcançando aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções, a admissão ou contratação de pessoal), contemplando recursos suficientes para o custeio da despesa “nova” e para os acréscimos subsequentes³⁰³. Interessante que, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, a contrariedade de lei que estabeleça incremento de despesa com pessoal, sem observar as condições estabelecidas no mencionado artigo 169, §1º, da Constituição Federal, não implica a nulidade da lei, mas, apenas, sua ineficácia, sendo, portanto, tema estranho ao controle abstrato de constitucionalidade³⁰⁴. De outro modo, ainda que estabelecendo regra semelhante, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional n. 95/2016, justamente para evitar o esvaziamento eficaz de regra que altere despesa pública (criando nova despesa ou simplesmente alterando sua destinação), passa a condicionar sua validade ao requisito formal da demonstração da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de controle de constitucionalidade, porquanto violado o devido processo legislativo³⁰⁵, reconhecendo, assim,

³⁰³ Na doutrina espanhola, é possível perceber interessante posição na hipótese de obrigações estabelecidas em lei, sem prévia cobertura orçamentária. Nesse caso (cfr.: ELENO RODRÍGUEZ, David. Acto administrativo y relación jurídica de gasto. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 79), “*es el próprio Parlamento quien há querido que la Administración quede obligada para com un tercero, lo qual hace inatacable la validez de la obligación. Si una ley ha dicho que los compromisos sin crédito son nulos de pleno derecho (la General Presupuestaria), outra puede, por su parte, obligar al Estado, pues lo que una ley establece outra lo puede modificar*”. A limitação de sua aplicabilidade estaria no plano eficaz, pois “[s]i no se habilita la correspondiente partida en el presupuesto la deuda no podrá ser satisfecha, aunque haya nacido válida” (ibid. p. 79).

³⁰⁴ Nesse sentido, apontando para enfrentamento da questão no plano da eficácia e não da validade, destacam-se precedentes da Suprema Corte brasileira: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1292**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 23 ago. 1995; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3599**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 21 mai. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6118**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 25 jun. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³⁰⁵ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6118**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 25 jun. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário).

sua inconstitucionalidade formal. Como bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 6102³⁰⁶, com esse novo requisito, “[p]ara ser válida, a legislação deve, por conseguinte, **conformar-se ao equilíbrio e à sustentabilidade financeira, aferíveis no bojo do processo legislativo que proporcione um diagnóstico do impacto (...)**”.

No geral, essas regras a respeito da contratação de fornecimento de bens e serviços e da formação do quadro pessoal representam importantes parâmetros para o gasto público, haja vista que representam grande impacto nas finanças públicas³⁰⁷. Além disso, alinham-se as diretrizes normativas extraídas dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Ainda no campo constitucional, diferente do que até agora exposto, que se impunha uma certa contenção do gasto público, apresenta-se imprescindível tratar das despesas vinculadas, em que o constituinte retirou margem de discricionariedade na elaboração orçamentária e, por conseguinte, também na sua execução³⁰⁸. Assim, o art. 212 da Constituição Federal tutela a aplicação de recursos em favor da educação básica, estabelecendo percentuais mínimos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino³⁰⁹,

Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6102. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 21 dez. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6074.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 21 dez. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5816.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 05 nov. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 662.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 03 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³⁰⁶ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6102.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 21 dezembro. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³⁰⁷ Segundo estudo do IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (cfr.: IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Ajustes nas despesas de pessoal do setor público: cenários exploratórios para o período 2020-2039. **Carta de Conjuntura**, número 48, jul./set. 2020. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200914_cc_48_nt_ajuste_gastos_pessoal.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021), as despesas da União com pessoal e encargos sociais representam quase 22% do total das despesas primárias do Governo Central, e, no âmbito dos estados, alcançam 56,3% das despesas totais.

³⁰⁸ A vinculação da aplicação de recursos se apresenta relevante a ponto de a Constituição Federal expressamente prever a possibilidade de intervenção federal nos estados e municípios (art. 34, VII, “e”) e estadual nos municípios (art. 35, III) na hipótese de não observância da aplicação do mínimo exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

³⁰⁹ A Constituição Federal aprofunda a regulamentação da despesa vinculada, estabelecendo, nos artigos 212 e 212-A, regras para sua execução. No plano infraconstitucional, foi editada a lei n.º 14.113, de 25 de dezembro de 2020, que regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal. A propósito, na hipótese de inobservância dos limites mínimos estabelecidos, a jurisprudência pátria, admite, inclusive, para além da possibilidade de reprovação das contas do gestor, com atribuição de multa, a configuração de ato de improbidade administrativa materializada na conduta de intencionalmente violar os princípios da Administração Pública (art. 11 da lei 8.429/92). Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1837573/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, decisão monocrática, julgado em 26/10/2020, DJe 27/10/2020; REsp 1195462/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013.

devendo a União aplicar, anualmente, no mínimo 18%, enquanto os Estados, Distrito Federal e municípios, devem aplicar, no mínimo, 25% da receita de impostos, cuja distribuição dos recursos e disponibilidades dar-se-á mediante a instituição, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), de natureza contábil (art. 212-A, I), observando-se, proporcionalmente, o número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados nas respectivas redes (art. 212-A, III). Do mesmo modo, em relação a despesas com saúde, a Constituição Federal estabelece ao Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) percentuais mínimos de aplicação em ações e serviços públicos de saúde, sendo, no mínimo, 15% da receita corrente líquida do exercício financeiro, para União (art. 198, § 2º, I) e delegando a legislação infraconstitucional a fixação dos percentuais em relação aos demais entes, cujo percentual deverá incidir sobre o montante de arrecadação da receita, própria e transferida, de impostos (art. 198, § 2º, incisos II e III, e § 3º)³¹⁰.

A partir dessas etapas antecedentes, sobretudo a partir da autorização orçamentária, escolha e contratação públicas, sucede-se o procedimento específico da despesa pública, estabelecido na lei 4.320/64, iniciando-se pelo prévio empenho, que, nos termos do art. 58 da mencionada lei, consiste no ato emanado da autoridade competente que reserva e vincula os recursos públicos a uma finalidade específica³¹¹, como a dedução desta do saldo da dotação

³¹⁰ A regulamentação ao nível infraconstitucional da matéria, com a definição dos percentuais aplicáveis aos Estados, Municípios e Distrito Federal foi alcançada com a edição da Lei Complementar n. 141/2012. Antes disso, no entanto, o próprio texto constitucional cuidava, em caráter transitório, enquanto não definida a questão, de estabelecer os percentuais mínimos de aplicação, estabelecendo, no art. 77, II, III e § 4º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o percentual de 12% da arrecadação de impostos estaduais, para Estados e Distrito Federal, e 15% da arrecadação de impostos municipais para Municípios e Distrito Federal. Como se observa, considerando que compete ao Distrito Federal instituir impostos municipais e estaduais (art. 147 e 155 da Constituição Federal), os limites deverão observar a natureza da origem da arrecadação. Com o advento da mencionada Lei Complementar 141/2012, que, dentre outros aspectos, regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, dispondo sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, estabeleceu, para além do percentual já assegurado constitucionalmente (15%), que União deverá aplicar, anualmente, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º); em relação aos demais entes, reafirmou a regra constante do artigo 77 do ADCT, prevendo a obrigação de aplicação do mínimo de 12% da arrecadação de impostos estaduais, para Estados e Distrito Federal, e 15% da arrecadação de impostos municipais para Municípios e Distrito Federal (arts. 6º e 7º). Para garantir o respeito à aplicação dos recursos, referida lei instituiu sofisticado e rigoroso sistema de fiscalização e controle (arts. 31 a 42), sujeitando o agente infrator à responsabilização no âmbito penal, civil e administrativo (art. 46).

³¹¹ Válido registrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “[n]otas de empenho de despesa, quando desacompanhadas da comprovação de sua liquidação, não são documentos hábeis para demonstrar ter havido efetivo pagamento da dívida” [cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária n.º 534**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 06 mar. 2008. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021].

própria, de modo que é vedada a realização de despesa sem prévio empenho (art. 60). Em seguida, passa-se à etapa da liquidação, momento em que, aferida a regularidade da execução do objeto da contratação, o ente público reconhece, com a contraprestação, o direito subjetivo de crédito do contratado, devendo ser apurado a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar, a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação (art. 63). Ato contínuo, empenhado o montante necessário e liquidada a obrigação, cumpridas, portanto, as formalidades necessárias, autoriza-se avançar à etapa seguinte da ordem de pagamento, através da qual é autorizada e determinada a realização do pagamento (art. 64).

Em linhas gerais, esse é o procedimento a ser observado na efetivação da despesa pública. A essas regras de cunho formal, somam-se diversas outras de cunho eminentemente técnico-contábil, que não são oportunas à presente pesquisa, justamente porque aqui não se propõe um manual ou guia de execução da despesa pública. A discussão aqui é outra e centra-se nos aspectos de legalidade, mais ao plano substantivo, da despesa pública. Com isso, no entanto, seguindo-se o raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de observar algumas relevantes regras que, condicionando a conformidade jurídica do ato despesista, conferem limite à sua execução. Nessa perspectiva, apresentam-se, panoramicamente, princípios e regras que regem a efetivação da despesa pública, também no plano infraconstitucional.

Por conseguinte, calha destacar importantes regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que, apesar de estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, apresenta relevantes requisitos e limites ao ato despesista: a) estabelece causa objetiva de invalidação da despesa, que será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público quando não estiver acompanhada de demonstração do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e da demonstração inequívoca, por declaração do ordenador de despesa, de que a despesa tem adequação orçamentária e financeira (art. 15, 16 e 17), apresentando-se, inclusive, requisito para deflagração do empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, conforme indicado anteriormente (art. 17, § 4º); b) define limite de despesa com pessoal para os entes federados, que não poderá exceder, em relação à receita corrente líquida, os percentuais de 50% para União e 60% para os Estados e Municípios (art. 19), distribuídos de forma global, em conformidade com a independência financeira de cada Poder, em observância ao que dispõe o art. 20³¹², sendo, no caso da União,

³¹² Consoante já entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar alegação de inconstitucionalidade do dispositivo citado, “[a] LRF, ao estabelecer tetos diferenciados por Poder e por órgão, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, compartilhou e solidarizou, de maneira absolutamente razoável, a obrigatoriedade plena

2,5% para o Legislativo (incluído o Tribunal de Contas da União), 6% para o Judiciário, 40,9% para o Executivo e 0,6% para o Ministério Público da União; no caso dos Estados, 3% para o Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do Estado), 6% para o Judiciário, 49% para o Executivo e 2% para o Ministério Público dos Estados; no caso dos municípios, 6% para o Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do Município, onde houver) e 54% para o Executivo³¹³; c) a despesa com pessoal atingir 95% do limite prudencial estabelecido no art 20, citado no item anterior, o Poder ou órgão passa a se sujeitar, em regra, a vedações que impliquem aumento de despesa, tais como concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título; criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; contratação de hora extra (art. 22); d) sem prejuízo dos efeitos imediatos sobre a despesa, mencionados no item anterior, deve o ente público adotar as providências necessárias para regularização da situação, especialmente, mediante adoção das providências, já citadas, previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição, não sendo possível, entretanto, redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, prevista no § 2º do art. 23, da referida lei complementar, em razão do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2238/DF, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, assentando o entendimento de “*considerar a irredutibilidade do estipêndio funcional como garantia constitucional voltada a qualificar prerrogativa de caráter jurídico-social instituída em favor dos agentes*

de cumprimento dos princípios da Administração Pública, em especial a observância de limites nos gastos com pessoal entre as diferentes instâncias federativas, tornando-as equiparadas em autonomias e em responsabilidades”. (cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2238**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 24 jun. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021).

³¹³ No Brasil, as dimensões políticas das unidades federativas guardam simetria de repartição de funções, de modo que cada ente possui a autonomia necessária para o autogoverno. Exceção pode ser percebida em relação à atividade jurisdicional, que a Constituição reparte apenas entre União, Estados e Distrito Federal, não havendo, pois, Poder Judiciário municipal. Ressalte-se que essa limitação política não lhe retira a caracterização federativa, que, em termos constitucionais, é assegurada a partir da autonomia para desenvolvimento pleno de suas atividades, sem subordinação ou hierarquia político-administrativa. Conforme já tratado em outra oportunidade (cfr.: GADELHA, Gustavo de Paiva. **Isenção tributária**: crise de paradigma do federalismo fiscal cooperativo. Curitiba: Juruá, 2010, p. 56-60), goza, assim, o município dos traços elementares para reconhecimento como ente federativo, sendo-lhe assegurado pelo texto constitucional a autonomia de auto-organização (art. 29 CF/88), titularidade de competências próprias e concorrentes para legislar e exercer atividades administrativas (art. 30 CF/88), inclusive para instituir e cobrar tributos de sua competência (art. 156 CF/88). Para aprofundamento sobre a autonomia e dimensão federativa conferida ao município, cfr.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, p. 311-326.

públicos”³¹⁴; e) não alcançado os limites estabelecidos indicados no art. 20, veda-se ao Poder ou órgão público receber transferências voluntárias, obter garantia, direta ou indireta, de outro ente, e contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal (art. 23, § 3º).

Como se percebe, há uma preocupação normativa especial com os gastos com pessoal³¹⁵, porque, ao longo dos anos, estimularam a criatividade contabilística, inflando o déficit arrecadatório³¹⁶ e expondo a necessidade melhor eficiência e qualificação do serviço em benefício da sociedade, sobretudo a partir de reformas profundas sobre o funcionamento da Administração Pública, estrutura remuneratória de pessoal e daquelas em inatividade, reforma tributária, reforma federativa, dentre tantas outras, todas voltadas ao aperfeiçoamento do Estado em torno da adoção de visão da governança.

Ainda, relevante questão se apresenta em torno da despesa pública havida em decorrência de determinação judicial, que, por essa razão, obviamente escapa ao escrutínio e planejamento orçamentário. Vale dizer, no curso da elaboração orçamentária, não se tem conhecimento das decisões judiciais que imporão ao Poder Público a obrigação de dispêndio, o que acaba causando considerável impacto na execução orçamentária. Aqui, faz-se necessária importante separação de situações obrigacionais, entre aquelas que estabelecem o dever estatal de pagamento daquelas que impõem redefinição, pontual ou global, de política pública. Na primeira hipótese, buscando conferir racionalidade, previsibilidade e estabilidade orçamentária, a Constituição Federal estabelece que os pagamentos devidos, em razão de decisão judicial transitada em jugado, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios,

³¹⁴ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2238**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 24 jun. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³¹⁵ Destaque-se, nesse sentido, à guisa de ilustração, que “entre 1997 e 2019, as despesas com pessoal e encargos sociais do Governo Central mais do que dobraram em termos reais, passando de R\$ 152 bilhões para R\$ 321 bilhões, a preços de julho de 2020 (gráfico 1). Atualmente, esse item de despesa corresponde a cerca de 4,3% do PIB, apresentando o segundo maior peso nas despesas primárias totais do Governo Central – atrás apenas dos gastos com benefícios previdenciários, que equivalem a 8,6% do PIB. Se, por um lado, é verdade que as despesas com pessoal e encargos sociais praticamente não aumentaram no período em percentual do PIB – passando de 4,2% em 1997 para 4,3% em 2019 –, por outro lado é inegável que o peso desse item nas contas públicas permanece relevante” (cfr.: IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Ajustes nas despesas de pessoal do setor público: cenários exploratórios para o período 2020-2039. **Carta de Conjuntura**, número 48, jul./set. 2020. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200914_cc_48_nt_ajuste_gastos_pessoal.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³¹⁶ As causas são diversas, mas circundam a ineficiência não intencional e a tutela de interesses particulares, a exigirem regras claras e rígidas de limites de gastos. Como observa o professor RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 783), “[a]s disposições relativas às despesas com pessoal são e devem ser severas. Há Municípios que se endividam ou fazem política mesquinha de inchaço dos quadros públicos, na expectativa sórdida de fazer ‘média’, utilizando os recursos públicos. A prática remonta ao coronelismo, dando margem ao surgimento do compadrio, do filhotismo e do nepotismo, o que arruína os cofres públicos”.

sujeitar-se-ão, como regra, à apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos (art. 100, caput)³¹⁷. Assim, além de ser exigido trânsito em julgado da sentença, não é possível ordem judicial que estabeleça imediato pagamento, porque, ainda segundo o texto constitucional, apresentados os valores requisitados judicialmente (precatório) até 1º de julho, o pagamento deve ser realizado até o final do exercício seguinte, com observância da correção monetária dos valores (art. 100, § 5º). Com isso, como dito, garante-se previsibilidade mínima a se possibilitar planejamento orçamentário adequado³¹⁸, mormente porque é obrigação do ente público devedor proceder à inclusão, no orçamento público, da previsão dos recursos necessários ao pagamento da dívida judicial (art. 100, § 5º)³¹⁹. Saliente-se que a requisição de pagamento é centralizada na Presidência do respectivo Tribunal, que remeterá as requisições ao Poder Executivo, ressaltando-se, inclusive, que constitui crime e infração funcional qualquer conduta comissiva ou omissiva de retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios (art. 100, § 7º).

³¹⁷ A própria Constituição Federal estabelece exceção à expedição de requisitório no caso de pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor, hipótese em que o pagamento deve ser efetivado mediante simples comunicação ao ente devedor (art. 100, § 3º), sob pena de sequestro dos valores necessários ao pagamento respectivo. Ressalte-se que esse tipo de pagamento se restringe às obrigações de pequeno valor, cabendo a cada ente federado estabelecer, no âmbito de autonomia política, valor compatível com capacidade econômica, desde que observado montante mínimo igual ao valor do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social (atualmente em R\$ 6.433,57, por força da Portaria n. 477/2021 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia), em conformidade com art. 100, § 4º, da Constituição Federal. Enquanto não estabelecida por lei própria do ente federado, a Constituição define transitoriamente (art. 87 do ADCT), como limite a ser considerado como obrigação de pequeno valor, que não se sujeita ao regime de precatórios, o valor de quarenta salários-mínimos, para os Estados e do Distrito Federal, e trinta salários-mínimos, para os Municípios. No âmbito federal, a lei 10.259/2001 fixou em sessenta salários-mínimos como limite da obrigação de pequeno valor (art. 17, § 1º).

³¹⁸ Consoante ressalta a doutrina, essa previsibilidade manifesta a necessidade de planejar a despesa determinada judicialmente, “*uma vez que há certeza quanto a sua ocorrência, porém, incerteza quanto ao valor e quanto ao momento do seu pagamento*” (ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 229).

³¹⁹ Sobre esse ponto, importante ressaltar que a Constituição Federal, não obstante assegure a autonomia aos entes federados (art. 18), prevê, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção (art. 34, VI e art. 35, IV), dentre outras, na hipótese de descumprimento de decisão judicial que ordena ao Poder Público o pagamento de valores. No entanto, conforme firme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “[n]ão se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Intervenção Federal n.º 5101**. Relator: Ministro César Peluso. Julgamento em 28 mar. 2012. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jan. 2019. Sobre esse ponto, esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 100. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1239: “[a] alegação de falta de recursos, conquanto parecesse não ser motivo suficiente para afastar a intervenção, passou a ser tida como justificativa plausível, a impedir o decreto interventivo. Diante da ausência de configuração de dolo ou de atuação deliberada do administrador público, a simples falta de recursos para satisfação do precatório já vem sendo tida como justificativa aceitável para afastar a medida extrema da intervenção, com aplicação do princípio da proporcionalidade”.

Situação mais complexa e dramática ao funcionamento da Administração Pública, mais íntima aos objetivos da presente pesquisa, observa-se na intervenção jurisdicional de políticas públicas, em que se determinam ao Poder Público obrigações de fazer ou não fazer, e, assim, estipulam indiretamente a ampliação da despesa pública. Conforme já exposto anteriormente, no exercício de suas funções, incumbe ao Poder Judiciário realizar o controle externo dos atos da Administração Pública, notadamente porque a Constituição Federal estabelece como cláusula pétrea o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, submetida à apreciação judicial conduta omissiva ou comissiva do Poder Público que resulte dano ao indivíduo, considera-se plenamente válida a atuação jurisdicional. A previsão singela, no entanto, recebe cores de inquietação ao se perceber que essa permissão de atuação institucional pode impactar negativamente o orçamento do respectivo ente público, além de desestabilizar o planejamento administrativo, construído a partir da legitimidade democrática³²⁰. A questão teórica central – sobre a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, na redefinição de políticas públicas e, assim, fixação de novas despesas públicas – parece não encontrar maiores percalços, porque, como exposto, a Constituição brasileira é expressa ao assegurar essa possibilidade. Em linhas gerais, sempre prevaleceu o entendimento de que as limitações orçamentárias, ainda que demandem maior respeito ao princípio da separação de poderes, não retiram a possibilidade de controle judicial da Administração Pública nem afastam a eficácia de decisão judicial que lhe imponha obrigação de fazer ou não fazer, justamente porque, em interpretação sistêmica do texto constitucional, garante-se a tutela do mínimo existencial. Conforme clássico entendimento do Supremo Tribunal Federal, considerando a atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas, a escassez de recursos públicos não pode ser invocada “*para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público*”, em respeito aos parâmetros constitucionais de proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso³²¹. Não se deve ignorar que, mais recentemente, o

³²⁰ Nesses termos, a determinação pode ser imediatamente imposta, pois, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado em sede de repercussão geral (precedente vinculante nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil), no julgamento do Recurso Extraordinário n. 573872, fixou-se tese no sentido de que “*a execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios*” (cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 573872**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 24 mai. 2017 – com repercussão geral. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

³²¹ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 223**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 09 abr. 2014. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em:

Supremo Tribunal Federal tem adotado posição mais autocontida, compreendendo ser indevido ao Poder Judiciário interferir na destinação de verbas públicas, sob pena de incompatibilidade com os enunciados constitucionais da legalidade orçamentária, separação de poderes e eficiência administrativa³²².

Entretanto, não obstante a relevância dos precedentes nesse sentido, reconhece-se que se avolumam decisões judiciais, inclusive no âmbito da Suprema Corte³²³, que impõem

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jul. 2021. Ainda nesse sentido: “[o] controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas é possível – e, mais que isso, imperativo – diante de quadros de eternização ilícita das etapas de implementação dos planos constitucionais ou, ainda, em face de violação sistêmica dos direitos fundamentais, uma vez que o princípio da separação dos Poderes não pode ser interpretado como mecanismo impeditivo da eficácia das normas constitucionais, sob pena de transformar os programas da Carta Maior em meras promessas” (cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 2**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 15 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jul. 2021.

³²² Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 620**. Relator: Ministra Roberto Barroso. Julgamento em 03 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jul. 2020.

³²³ À guisa de ilustração, traz-se à colação recente julgamento, ocorrido em 17 de maio de 2021, na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de Pedido de Tutela Antecipada, nos autos da Ação Cível Originária 3.508, em que se analisava a possibilidade de se impor ao governo federal o dever de organizar, planejar e executar censo demográfico, alegadamente necessário para execução de políticas públicas sociais, cujos valores repassados pela União dependiam da definição de cada acervo populacional, além de decorrer de imposição legal (art. 1º da lei 8.184/91). Sem adentrar na análise da imprescindibilidade da ação governamental, que sequer contou com previsão de recursos no orçamento público do presente ano, verifica-se que o ente público alegou que a impossibilidade de realização do levantamento populacional decorreu “de desequilíbrios fiscais causados pela pandemia do SarsCoV-2” e que “os cortes promovidos pelos Poderes Executivo e Legislativo no orçamento de 2021 constituem mecanismos legítimos de seleção dos interesses da comunidade que, diante da notória escassez de verbas públicas, serão efetivamente promovidos pelo governo federal”. Em discussão, pois, a legitimidade da escolha realizada à luz dos impactos nos direitos envolvidos. Em conclusão, firmou-se o entendimento, por larga maioria, que, apesar de se impor ao Poder Judiciário cautela no escrutínio de políticas públicas, “em se tratando de ação estatal da qual depende, de um lado, a preservação da autossuficiência dos Estados da Federação e, de outro, a efetividade de políticas públicas de combate à pobreza, ocorre drástica redução da esfera de discricionariedade do gestor público”. Desse modo, o Tribunal deferiu a medida liminar postulada para determinar a “adoção das medidas administrativas e legislativas necessárias à realização do Censo Demográfico do IBGE no exercício financeiro seguinte ao da concessão da tutela de urgência (2022)”. A decisão, apesar de fundamentar-se em entendimento clássico da Suprema Corte, amparado na insubsistência da alegação de insuficiência orçamentária para obstruir concretização de direitos, faz despertar interessante reflexão sobre sua eficácia, porque, na essência, para além de impor obrigação no campo administrativo, estabelece dever de natureza política, assim entendido como a imposição de providências legislativas para previsão de recursos na autorização orçamentária do exercício financeiro seguinte, suscitando alguns questionamentos: é possível o estabelecimento de imposição de ato de poder inerente à função típica dos Poderes Executivo (encaminhamento do projeto de lei orçamentária e sanção) e Legislativo (aprovação da lei)? Qual a consequência para a hipótese de descumprimento? São questões cruciais que envolvem a consolidação do princípio da separação de poderes e o papel dos tribunais no Estado Democrático de Direito. Registre-se, de todo modo, que a decisão referida guarda perfeita sintonia com o entendimento dominante da Suprema Corte. À guisa de ilustração, ressalte-se a posição firmada no Recurso Extraordinário n. 592581 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 592581**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13 ago. 2015 – com repercussão geral. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 17 jul. 2021), com força de precedente vinculante (repercussão geral), fixando a tese de que “*é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que*

implementação de política pública, fazendo, pois, lembrar o sentido e alcance do presente trabalho: em que medida a despesa pública pode ser sindicada judicialmente? Somente a omissão administrativa é passível de controle ou, também, critérios de escolha podem ser analisados judicialmente? A atuação jurisdicional se revela cabível na definição de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, ainda que construída em prejuízo do equilíbrio orçamentário e financeiro?

Essas são questões inerentes à execução da despesa pública, que serão retomadas e aprofundadas mais adiante³²⁴, porque guardam sintonia com a ideia que se deve ter de legalidade e eficiência a orientar o agir administrativo. Por ora, calha lembrar que as reflexões suscitadas estão presentes no cenário brasileiro, como, por exemplo, nas volumosas ações judiciais de saúde³²⁵, em que o Estado é demandado pelo fornecimento de medicamentos, muitas vezes, de alto custo e não incluídos na política pública governamental. Nessa situação, ainda que estabelecidas algumas balizas, tem prevalecido a plena liberdade judicial na determinação de fornecimento, inclusive imediata, dos fármacos pretendidos, causando inegável impacto ao planejamento orçamentário e políticas governamentais³²⁶.

Note-se que esse conjunto de reflexões lançadas, sobre o papel do judiciário no controle substantivo da juridicidade da despesa público, não se confunde com a função

preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

³²⁴ Oportunamente, serão analisadas as formas de controle estabelecidas no texto constitucional e que envolvem i) *controle de legalidade dos atos*, ii) *controle de legitimidade*, iii) *controle de economicidade*, iv) *controle de fidelidade funcional* e v) *controle de resultados, de cumprimento de programa de trabalho e de metas* (cfr. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 730).

³²⁵ Em recente estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (cfr.: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde**: ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021, disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf>, acesso em 17 jul. 2021), apontou-se um total de 2,5 milhões de novos casos entre os anos de 2015 e 2020.

³²⁶ Para se ter ideia do enorme impacto dos gastos judiciais com saúde, segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça / Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução / Conselho Nacional de Justiça; Brasília: CNJ, 2019, disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>, acesso em 17 jul. 2021), no período de 2008 a 2017, registrou-se aumento da judicialização da saúde em 130%, alcançando despesa de R\$ 1,6 bilhão no ano de 2016. Objetivando minimizar esse problema, mas, talvez inviabilizando demandas dessa natureza, o governo federal, no ano de 2019, apresentou proposta de emenda constitucional (Proposta de Emenda à Constituição n. 06/2019 - disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>>) para condicionar a determinação judicial de prestação de serviço de saúde à prévia indicação da fonte de custeio, em texto que alterava o § 5º, do artigo 195, da Constituição Federal, que passaria a ter a seguinte redação “[n]enhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total” (grifos acrescidos). A proposta foi abandonada no curso da tramitação legislativa, mas, como se vê, propunha transferir ao Judiciário o ônus de indicar o caminho dos recursos necessários ao cumprimento da decisão judicial.

exercida pelo Tribunal de Contas³²⁷, que, no Brasil, nos termos do artigo 71, da Constituição Federal e da lei 8.443/92, constitui órgão auxiliar e não integrante do Poder Legislativo, tendo por objetivos gerais i) apreciar e julgar as contas dos gestores públicos; ii) realizar, por sua iniciativa ou por requisição, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; iii) aplicar as sanções cabíveis nas hipóteses de responsabilização por despesa ilegal ou reprovação de contas³²⁸, podendo, se necessário, conferir prazo para regularização do ato ou sustá-lo em caso de não atendimento. Anote-se que, apesar de auxiliar o Poder Legislativo, e ainda que haja alguma dissensão doutrinária, prevalece o entendimento de que o Tribunal de Contas constitui órgão autônomo e não se subordina institucionalmente a nenhum dos Poderes³²⁹. A expressão mais adequada “*a relação entre legislativo e Tribunal de Contas é de cooperação ou colaboração, na acepção de operação conjunta e concertada*”³³⁰.

³²⁷ No Brasil, ao Tribunal de Contas da União incumbe realizar a fiscalização dos recursos públicos federais, relacionados, portanto, com a administração pública direta e indireta da União, incluindo suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (Nesse sentido, cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança n.º 25092**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 10 nov. 2005. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 23294**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 23 ago. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jul. 2021. Por outro lado, em relação aos recursos públicos estaduais e municipais, compete aos Tribunais de Contas estaduais a fiscalização da respectiva aplicação, observando, em conformidade com artigo 75 da Constituição Federal, a simetria organizacional e funcional estabelecida para o Tribunal de Contas da União. Válido ressaltar que somente existem dois Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro), órgãos vinculados aos respectivos Municípios, que foram criados antes da Constituição Federal de 1988, em momento anterior, portanto, à vigência do artigo 31, § 4º, que veda a criação de Tribunais de Contas Municipais. A recepção de sua existência foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 346 e ADI 4.776, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 01-10-2020 PUBLIC 02-10-2020. De outro modo, prevalece o entendimento pela possibilidade de criação de Tribunais de Contas dos Municípios, integrantes do estado-membro, com a função de fiscalizar exclusivamente a aplicação de recursos municipais. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 154**. Relator: Ministro Octávio Gallotti Weber. Julgamento em 18 abr. 1990. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jul. 2021. Atualmente, existem quatro Tribunais de Contas dos Municípios criados pelos estados de Bahia, Ceará, Goiás e Pará, que coexistem com os Tribunais de Contas dos respectivos estados-membros.

³²⁸ Nos termos do § 3º, do artigo 71, da Constituição Federal, “[a]s decisões do Tribunal de que resultem imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”, sendo suficiente, pois, reconhecida liquidez e certeza do título, para autorizar a execução judicial da dívida, nos termos do artigo 784, XII, do Código de Processo Civil.

³²⁹ Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 865-866.

³³⁰ Cfr.: DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O Controle Externo dos Contratos da Administração Pública pelo Tribunal de Contas: Ensaio sobre o Momento da Fiscalização Financeira Adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44574/31253>>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 271.

Pelo que se observa, a execução da despesa pública se submete ao crivo posterior, ou, quando muito, concomitante, do controle dos Tribunais de Contas, mas não se condiciona à fiscalização e controle prévios, regramento adotado no Brasil durante a vigência da Constituição de 1946³³¹. Esse ponto merece destaque, justamente porque a incapacidade de acompanhamento da atividade despesista, notadamente a se conferir as escolhas realizadas pelo gestor decisor, deslocam a análise para o momento final do processo, em que, estando consumado, resta conferir resultados e, se for o caso, imputar responsabilidades, sem a possibilidade de aperfeiçoamento, convalidação ou reparo do caminho percorrido. Em outras palavras, frustra-se a oportunidade de evitar a má-aplicação ou desvio de recursos públicos.

De todo modo, ainda assim, após a execução da despesa, o controle realizado pelo Tribunal de Contas, que não se apresenta, no Brasil, como órgão investido de função jurisdicional, em termos práticos, mais se aproxima da aferição da legalidade formal. Primeiro, por escapar ao alcance de sua função institucional a possibilidade de impor ao Poder Público a adoção de determinada política governamental, retirando, daí, qualquer atribuição de atuação impositiva de implementação originária de despesa pública. Ademais, ainda que se extraia da Constituição Federal, da leitura conjunta dos artigos 70 e 71, a possibilidade de amplo controle contábil, financeiro, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, essas disposições têm sido transferidas ao Poder Judiciário em razão da ampla possibilidade, já mencionada, de revisão judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

Prevalece, nesse sentido, o entendimento doutrinário majoritário, no sentido que “Tribunais de Contas não possuem uma função jurisdicional propriamente dita, uma vez que suas decisões produzem apenas a coisa julgada administrativa, que pode ser revista pelo Poder Judiciário, o qual detém o monopólio jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro”³³².

³³¹ Cfr.: DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O Controle Externo dos Contratos da Administração Pública pelo Tribunal de Contas: Ensaio sobre o Momento da Fiscalização Financeira Adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44574/31253>>. Acesso em: 17 jul. 2021, p. 293. Assim dispunha o artigo 77, § 2º, da Constituição Federal de 1946: “[s]erá sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste”.

³³² Cfr.: ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 348. Idêntico entendimento pode ser extraído da súmula n. 6 do Supremo Tribunal Federal, que ressalva a competência revisora do Judiciário em relação aos atos praticados pelo Tribunal de Contas. Também por essa razão, José Afonso da Silva (cfr. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 739) considera o Tribunal de Contas como órgão técnico, não jurisdicional: “*julgar contas ou da legalidade de atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico*”. No mesmo sentido, cfr.: FEITOSA, Raymundo Juliano. Artigos 70 ao 75. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1055-1056; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos

Soa estranho e ineficiente que a decisão técnica tomada pela Corte de Contas, por não integrar o Poder Judiciário, seja passível de controle por decisão judicial. É bem verdade que há precedentes que se firmaram pela impossibilidade de revisão do mérito da decisão controladora proferida, sendo viável apenas atuação jurisdicional na hipótese de vício formal grave ou manifesta ilegalidade no processo julgado pelo Tribunal de Contas³³³.

Evidentemente, apesar da distinção traçada, sobre julgamentos no âmbito jurisdicional ou no âmbito controlador do Tribunal de Contas, são cabíveis igualmente as mesmas inquietações sobre os limites de conhecimento e controle de juridicidade da despesa pública, a censurar o agir administrativo, tema que, como dito, será aprofundado mais adiante, ao se avançar sobre a análise do próprio conteúdo da juridicidade do ato despesista.

Sublinha-se, ainda no que se refere ao acompanhamento e fiscalização da execução da despesa pública, que, nos últimos anos, na base da atividade de fiscalização do ato despesista, tem crescido a importância e exigência normativa, sobretudo a partir da Lei Complementar 131/2009 (que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal) e Lei 12.527/2011 (lei de acesso à informação), de abertura das contas públicas e atos administrativos à análise da sociedade, de modo a permitir, como já exposto, participação ativa indivíduo no exercício da cidadania. Nesse sentido, o princípio da transparência tem orientado a atuação pública, permitindo que os cidadãos possam contribuir efetivamente no combate ao desvio ou má aplicação de recursos. Destaquem-se, com esse propósito, os portais da transparência³³⁴, que consignam

Tribunais, 2015, p. 872-873; NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 72.

³³³ Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “[a] revisão judicial dos atos praticados pelo Tribunal de Contas da União, órgão técnico-especializado no controle da Administração Pública Federal e com previsão constitucional para tanto, deve ser exercida com parcimônia, em situações de patentes ilegalidade e/ou teratologia. Trata-se de respeitar a capacidade institucional da Corte de Contas no regular exercício de suas funções constitucionais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 31677**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 05 mai. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

³³⁴ Consigna-se, a título de ilustração, o Portal da Transparência do Governo Federal (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/transparencia-publica/portal-da-transparencia>), contando, inclusive com informações sobre todas as despesas por função orçamentária, área de atuação e órgãos. Ao lado das plataformas virtuais, que, por imperativo legal e constitucional, são obrigatórias, há portais oficiais, notadamente disponibilizados por órgãos incumbidos de controle das contas públicas, que compilam as informações prestadas pelos entes públicos, tornando-as mais acessíveis à população. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, o portal do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, que, além de apresentar plataforma (sistema SAGRES/TCE) que, como mencionado, compila as informações financeiras oficiais prestadas pelos entes públicos (disponível em: <https://tce.pb.gov.br/sagres-online>), disponibiliza “painéis de acompanhamento de gestão”, contendo dados analíticos consolidados dos entes públicos estaduais e municipais sob sua jurisdição, designadamente sobre combustíveis, medicamentos, acumulação de vínculos públicos, obras, quadro de pessoal (disponível em: <https://tce.pb.gov.br/paineis/paineis-de-acompanhamento>). Ainda, e mais importante, referido Tribunal reserva espaço em seu portal denominado “espaço cidadania digital” (disponível em: <http://controlesocial.tce.pb.gov.br/>), em que apresenta, em parceria com Universidades locais, “idéias e experimentos em favor do controle social dos atos e gastos públicos”, através de soluções tecnológicas para o acompanhamento e informação das contas públicas.

informações detalhadas da receita, despesa e orçamento públicos, evidenciando os elementos para controle do ato despesista. Com essas ferramentas, permite-se ao cidadão, nos termos dos artigos 5º, XXXIV, “a”, e 74, § 2º, da Constituição Federal também exercer controle externo da Administração Pública, denunciando irregularidades, ilegalidades ou abuso de poder perante o Tribunal de Contas da União ou qualquer órgão público.

Por fim, uma nota informativa para consignar que o controle jurídico da atividade despesista também é exercido internamente³³⁵, no âmbito da própria estrutura de cada órgão público, pois determina os artigos 70 e 74 da Constituição Federal que os Poderes estatais devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno, designadamente com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União (I); comprovar a legalidade e avaliar os resultados³³⁶, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (II); exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União (III); e, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (IV). Desse modo, tomando ciência de qualquer irregularidade, deve o órgão de controle interno adotar as providências para cessar seus efeitos e comunicar ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, § 1º). Somente no caso dos municípios, a própria Constituição Federal, em seu artigo 31, determina que o controle interno será exercido, também em relação ao Poder Legislativo, pelo órgão do Poder Executivo. No plano infraconstitucional, a lei 4.320/64 (artigos 76 a 80) também estabelece a obrigatoriedade de estruturação do controle interno, dispondo, inclusive, em seu artigo 77, que a verificação da legalidade dos atos de execução orçamentária será prévia, concomitante e subsequente.

³³⁵ Para não incorrer em qualquer obscuridade, importante “*destacar a diferenciação do autocontrole com o controle interno no Brasil. O controle interno ocupa-se da fiscalização das modalidades previstas no já mencionado art. 70 da Constituição Federal, sendo muito mais um instrumento de controle financeiro do que administrativo. Já o autocontrole é, substancialmente, mecanismo de controle administrativo, pois está ligado ao poder de revisão dos atos emitidos pela Administração Pública*” (cfr.: CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 37, abr. 2012. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1845>>. Acesso em: 18 set. 2021, p. 205).

³³⁶ A doutrina entende, com isso, que há verdadeiro dever de correlação de sistema de controle interno com a qualidade do gasto público, devendo atuar para garantir a eficiência da gestão orçamentária (cfr.: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking**: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 67; CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 37, abr. 2012. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1845>>. Acesso em: 18 set. 2021, p. 213.

No passo de estruturação e criação dos órgãos de controle interno, de forma global e tomando por base o Poder Executivo, percebe-se certa assimetria na atuação dos entes federados. No âmbito da União, o controle interno foi regulamentado através da Lei n.º 10.180/2001 (derivada da Medida Provisória n.º 2.216-37), estabelecendo, em seu artigo 19, que o “Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal visa à avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos federais, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e a apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”. Então, para alcançar seu objetivo, a referida lei criou (art. 23) a Comissão de Coordenação de Controle Interno, órgão colegiado consultivo de coordenação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, com o objetivo de promover a integração e homogeneizar entendimentos dos respectivos órgãos e unidades, especialmente através da apresentação de propostas e sugestões sobre aperfeiçoamento do controle interno federal³³⁷. De outro modo, as atividades próprias de controle interno são exercidas, de maneira bastante eficaz, pela Controladoria-Geral da União, originariamente criada pela Lei n.º 10.683/2003, atualmente regulamentada pela Lei n.º 13.844/2019 (arts. 51 a 53), com destaque para sua função de adotar providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal (art. 51, I).

Não obstante a relevância de sua atuação, em relação aos municípios, que representam a maior pulverização do poder político federativo³³⁸, “[p]ouco se sabe sobre as atividades que elas desempenham, a sua capacidade institucional e operacional, os recursos mobilizados para o seu funcionamento, a transparência dada aos resultados dos trabalhos realizados”³³⁹.

³³⁷ Para outras informações, cfr.: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/sistema-de-controle-interno>.

³³⁸ Convém observar, conforme destaca a doutrina (Cfr.: ANGELI, Alzira Ester et al. As Controladorias Municipais em Perspectiva Analítica: diagnóstico da atuação das unidades de controle interno dos municípios de Alagoas. **Revista da CGU**. v. 12 n. 21 (2020), 21, jan-jun/2020. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/86>. Acesso em: 18 set. 2021, p. 24.), que a maior parte dos municípios brasileiros (4.897 municípios de um total 5.570, conforme dados do censo do IBGE de 2019). Assim, concluem referidos autores pela necessidade e urgência do fortalecimento de controle interno nesses entes, pois, “[n]aturalmente, esses pequenos municípios contam com estruturas de governo menores e não raro dispõem de recursos materiais, humanos e técnicos insuficientes, o que dificulta a implantação de unidades de controle interno em âmbito municipal. Portanto, a administração pública praticada nesses governos locais está mais vulnerável aos riscos de ineficácia na prestação dos serviços públicos e na implementação das políticas públicas que impactam diretamente o cidadão, como as ações da educação, saúde e assistência social básicas, a cargo dos governos municipais por ditame constitucional” (ibid. p. 24).

³³⁹ Cfr.: ANGELI, Alzira Ester et al. As Controladorias Municipais em Perspectiva Analítica: diagnóstico da atuação das unidades de controle interno dos municípios de Alagoas. **Revista da CGU**. v. 12 n. 21 (2020), 21, jan-jun/2020. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/86>. Acesso em: 18 set. 2021, p. 25.

Na verdade, verifica-se, inclusive com apoio em dados estatísticos³⁴⁰, que muitos entes municipais ainda não instituíram órgãos centrais de controle interno, e, em relação aos poucos que o fizeram, apenas constituíram formalmente o controle, sem conferir garantia de autonomia de exercício de suas funções, mantendo, assim, certo vínculo de proximidade e subordinação do órgão interno encarregado do controle com a atuação pública sujeita à análise. Com isso, acaba por enfraquecer a diretriz constitucional de prevenção da ineficiência na administração dos recursos públicos.

b) Portugal

Em Portugal, o tratamento constitucional específico da execução orçamentária não encontra significativos regramentos, para além daqueles já expostos, que se aplicam concomitantemente também à elaboração orçamentária. Merece relevo, em acréscimo, a previsão contida no art. 107.º ao estabelecer que “[a] execução do Orçamento será fiscalizada pelo Tribunal de Contas e pela Assembleia da República, que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará e aprovará a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social”³⁴¹.

Coube, portanto, à legislação infraconstitucional firmar regras de disciplinamento da efetivação das despesas públicas, para além da regra geral basilar de respeito aos limites estabelecidos na autorização orçamentária.

Aqui, como já se deixou claro, não se está mais a tratar do percurso necessário à decisão orçamentária e respectiva materialização no orçamento concretamente aprovado. Trata-se, pois, de descortinar os aspectos jurídicos mais íntimos da despesa pública, encarada, sob esse prisma, como ato administrativo, concreto, praticado pela ponta da cadeia administrativa. Vale dizer, o que se pretende nesse momento é detalhar os requisitos e condicionantes para que o ato despesista esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico.

Antes, porém, importante reproduzir aqui a advertência bem lançada pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA³⁴², a revelar que a análise do procedimento despesista se

³⁴⁰ Cfr.: CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo et al. Controle interno em municípios brasileiros: uma análise das Controladorias-Gerais dos municípios diante do modelo da Controladoria-Geral da União. **Revista de Gestão Pública**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 297-328, junho 2020. ISSN 0719-1839. Disponível em: <<https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/view/2244>>. Acesso em: 18 set. 2021.

³⁴¹ A Constituição portuguesa ainda confere especial relevância ao Tribunal de Contas, ressaltando no artigo 214º.1, que “*é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe*”.

³⁴² Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 196.

condiciona aos específicos regimes jurídicos aplicáveis, a envolver simples autonomia administrativa ou autonomia financeira, que, então, sujeitar-se-á ao casuísmo das disposições normativas específicas respectivas. Por essa razão, seguindo essa ideia, considera-se na abordagem a seguir exposta o padrão despesista do ente dotado de simples autonomia administrativa.

Sendo impossível analisar toda a vasta legislação aplicável e por escapar aos objetivos do presente trabalho firmar manual de rotinas administrativas despesistas (de orientação mais técnico-contábil), importa voltar o olhar mais atento aos aspectos centrais dispostos na Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015), Regime de Administração Financeira do Estado (Decreto-Lei n.º 155/92), Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso (Lei n.º 8/2012) e Código de Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008), que envolvem regras mais relevantes acerca do regime jurídico da despesa pública.

Nesse sentido, destacam-se, conjuntamente, as regras específicas orientadoras da execução da despesa pública: a) estabelecimento de *standard* de otimização de meios e resultados (art. 22.º, n.º 3, RAFE), estabelecendo que a assunção de compromissos e a realização de despesas devem se orientar pela obediência aos princípios da economia (“utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público”), eficiência (“promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa”) e eficácia (“utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar”) (art. 18.º e 52.º, n.º 2, alínea c, LEO e art. 22.º RAFE); b) dever de ampla transparência na execução orçamentária, devendo fornecer informação “fiável, completa, atualizada, compreensível e comparável internacionalmente, de modo a permitir avaliar com precisão a posição financeira do setor das administrações públicas e os custos e benefícios das suas atividades, incluindo as suas consequências económicas e sociais, presentes e futuras” (art. 19.º LEO), observando, ainda, que esses dados estejam acessíveis ao público (inclusive disponíveis em plataforma eletrônica na rede mundial de computadores)³⁴³, detalhando os “programas dos subsectores da administração central e da segurança social, os objetivos da política orçamental, os orçamentos e as contas do setor das administrações públicas, por subsector e entidade” (art.

³⁴³ Sobre esse ponto, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 226) reconhece a importância desses portais ou sítio equivalentes de acompanhamento das contas públicas, pois possibilitam “*uma fiscalização difusa e abrangente, popular, irradiando o seu espectro e justificando a inserção nos quadros do controlo dito ‘social’*”. Nesse sentido, à título de exemplo, destacam-se os portais: o Portal de Transparência Municipal (disponível em: <https://www.portalmunicipal.gov.pt>) e o Portal de dados abertos da Administração Pública (disponível em: <https://dados.gov.pt/pt>).

73.º LEO), sob pena de apuração das responsabilidades contraordenacionais, financeiras e políticas e “retenção parcial ou total da efetivação das transferências do Orçamento do Estado, até que a situação criada tenha sido devidamente sanada” (art. 76.º LEO); c) compatibilidade com a previsão orçamentária e com disponibilidade da tesouraria da entidade (art. 52.º, n.º 3 e 4, LEO); d) submissão da execução orçamentária a amplo controle administrativo, jurisdicional e político (art. 68.º LEO e 53.º RAFE)³⁴⁴, sobretudo, a verificar a veracidade das operações realizadas, bem como a legalidade, regularidade, boa gestão e cumprimento dos objetivos das ações desenvolvidas, designando âmbitos claros de controle: administrativo, exercido no âmbito interno (art. 69.º LEO), ao nível operacional, setorial e estratégico; jurisdicional, de atribuição do Tribunal de Contas, acerca da legalidade da execução, sem prejuízo da atuação dos demais tribunais, no âmbito de sua competência; e, político, de competência da Assembleia da República, que apura a responsabilidade política do agente no manejo dos recursos públicos (art. 71.º LEO); e) o descumprimento das regras sobre execução orçamentária pode acarretar responsabilização financeira, civil e criminal do gestor, e, ainda, política ou disciplinar a depender se se trata de titular de cargo político ou integrante de entidade pública (art. 72.º LEO); f) obrigatoriedade de registro do contratos celebrados, não se autorizando nenhuma despesa que não se comporte no respectivo montante global (art. 11.º RAFE); g) do mesmo modo, exige-se que a assunção de compromissos esteja lastreada em prévio registro de cabimento em que constem os encargos prováveis (art. 13.º RAFE), não podendo exceder os fundos disponíveis (art. 5.º, n.º 1, LCPA).

Com a compreensão dessas regras estruturantes que balizam a formação estática do ato despesista, passa-se a se observar o procedimento necessário que revela a dinâmica do conjunto de atos que formam a execução da despesa pública, sempre seguindo a lógica de conformidade sucessiva e contínua, estabelecendo, assim, fases de implementação. Na lição do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA³⁴⁵, esse atuação concatenada de elementos, revela-se especialmente importante, pois se presta a evitar arbitrariedades, contribuir para a qualidade da decisão e facilitar o controle da aplicação dos recursos, caracterizando-se,

³⁴⁴ Oportuno consignar o destaque que o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 195) confere à contribuição do procedimento da despesa pública para melhor controle do manejo dos recursos públicos: “[c]om efeito, ao nível interno, o procedimento pressupõe uma repartição competencial clara, potenciadora de controlos e equilíbrios recíprocos (*checks and balances*), e uma mais adequada imputação de responsabilidades. Ademais, ao nível externo, os atores de controlo, principalmente os atores políticos e os atores jurisdicionais, conseguem levar a efeito a sua atividade sindicante de uma forma mais eficaz se conseguirem perceber as atuações de um modo ordenado e coerente, retirando as devidas ilações quando tal não se verifica. Nesta medida, o procedimento materializa um instrumento de *transparência* que permite fazer emergir de modo mais evidente as desconformidades e as más atuações”.

³⁴⁵ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 193-195.

essencialmente, pela pluralidade (multiplicidade de atos), ordenação lógica (iter sequenciado racional), legalidade (conformidade com o ordenamento jurídico) e atuação finalística (convergência de vontade para prática do ato despesista).

Decerto, a despesa não surge pronta e acabada, estanque, em um único ato. Ela se desenvolve em passos firmes e sequenciados, sempre vinculando antecedente e consequente. Esse encadeamento progressivo é sintetizado pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA³⁴⁶ nas fases de i. instrução, ii. cabimentação, iii. autorização da despesa, iv. assunção do compromisso, v. processamento, vi. liquidação, vii. autorização para pagamento e viii. pagamento³⁴⁷.

A primeira etapa, denominada *fase de instrução ou proposta de aquisição*, envolve a reunião dos elementos necessários à motivação para atuação do gestor, compreendendo, pois, desde o passo inicial do abandono da inércia, passando pela escolha das melhores opções para atingimento das finalidades perseguidas, até a apresentação da justificativa para o dispêndio. Obviamente, por essas razões, também alcança a demonstração inicial de compatibilidade da despesa com a prévia autorização orçamentária. Nesta fase, conforme observa o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, “o objetivo será carrear ou transportar para o procedimento o conjunto de elementos necessários à boa tomada de decisão”, buscando as respostas adequadas às questões que envolvem a despesa pública: a legitimidade de sua finalidade (dever de efetiva justificação da necessidade coletiva a ser satisfeita), a imprescindibilidade de sua realização (aferição da oportunidade), a adequação da opção escolhida (aferição de conveniência da atuação) e a legalidade de seu fundamento (especialmente previsão e dotação orçamentária prévias)³⁴⁸.

Essa manifestação inicial, materializada na “proposta de despesa”, tem prosseguimento se demonstrado cabimento (*fase de cabimentação*), em que, em vista da

³⁴⁶ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 196.

³⁴⁷ Essas etapas são extraídas da aplicação da legislação de regência, embora o Decreto-lei n.º 192/2015, que aprova o Sistema de Normalização Contabilística para as Administrações Públicas, seja expresso em indicá-las, ainda que de forma menos detalhada, no anexo ao texto normativo, que o integra por força do artigo 2º: “5 - O ciclo orçamental da despesa deverá obedecer às seguintes fases executadas de forma sequencial: inscrição de dotação orçamental, cabimento, compromisso, obrigação e pagamento, sem prejuízo de eventuais reposições abatidas aos pagamentos que para além de corrigirem os pagamentos podem igualmente corrigir todas as fases a montante até ao cabimento. O cabimento não pode exceder a dotação disponível, assim como o compromisso não pode exceder o respetivo cabimento. A obrigação não pode exceder o valor do compromisso, assim como o pagamento não pode exceder o valor da obrigação. Os limites definidos devem ser aferidos por transação ou evento e segundo as classificações orçamentais vigentes”.

³⁴⁸ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 197-198. A despeito da relevância dessa planificação para o gasto público, “não se pode perder de vista que estarão aqui sempre subjacentes juízos de prognose, enquanto antecipações ou provisões de ocorrências futuras, juízos esses que demonstram a natureza complexa da planificação do ato de despesa pública, não sendo de exigir uma absoluta e inequívoca certeza (impossível de obter)” (*ibid.*, p. 198).

disponibilidade de recursos, é consolidada “a reserva de dotação disponível para o processo de despesa que se pretende realizar”³⁴⁹. Trata-se, à semelhança do “ato de empenho” brasileiro, de destaque de valores para atendimento da determinada despesa, com o que, a um só tempo, permite-se verificar a compatibilidade da intenção despesista com a autorização orçamentária e bloquear os recursos já “separados”, tornando-os indisponíveis para outras finalidades. Nesse ponto, merece consideração a condição de que as verbas sujeitas ao cabimento são aquelas que foram alcançadas pelo ato de “cativação”, pelo que se obsta a utilização de recursos que, apesar de previstos no orçamento, são bloqueados no âmbito do controle das contas públicas, especialmente em razão de déficit de arrecadação, evitando, assim, o exaurimento das verbas públicas disponíveis³⁵⁰.

Ato contínuo, havendo recursos suficientes e atendidas as demais condições iniciais para realização da despesa, passa-se à *fase de autorização da despesa*, momento em que se valida a intenção de dispêndio, autorizando-se o início de sua formalização. Note-se que, até então, o percurso despesista não passava de intenção e adequação. Com a autorização da despesa, portanto, o gestor passa a estar apto a desencadear o processo de materialização da despesa pública.

Sucedo, então, a prática do ato material voltado à constituição da relação jurídica entre o ente público e o *extraneus*, em que são estabelecidas condições recíprocas de vinculação. Estabelece-se, assim, a *fase da assunção do compromisso*, em que o ente público estabelece vínculo obrigacional com o destinatário dos valores decorrentes da despesa pública, em contraprestação ao serviço ou bem prometido. Nasce, nesse momento, a despesa pública enquanto obrigação do ente público, pois assume para si a responsabilidade de utilização de recursos para atendimento daquela finalidade³⁵¹. Obviamente que, como adverte o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA³⁵², mantendo-se o contínuo controle das contas públicas,

³⁴⁹ Conceito apresentado no anexo do Decreto-lei n.º 192/2015, que aprova o Sistema de Normalização Contabilística para as Administrações Públicas.

³⁵⁰ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 201. Sobre esse ponto, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (*ibid.*, p. 202-203) suscita importantes inquietações sobre problemas de conformidade das “cativações” com o ordenamento jurídico. Primeiro, em relação à possibilidade de desvio e esvaziamento da legitimidade democrática para elaboração orçamentária, que seria alterada por simples ato normativo, pouco democrático, realizado pelo Poder Executivo, a configurar, ainda, possível interferência institucional de um Poder no outro, substituindo “um ato parlamentar por um mero *ato de gabinete*”. Também, pode estar presente relativização dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, abalando, com a indisponibilização dos recursos, a legítima expectativa do gestor de contar os dinheiros públicos orçamentariamente assegurados, causando, assim, grave prejuízo ao planejamento administrativo.

³⁵¹ Por essa razão, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 206) chama a atenção para o acerto da denominação desta fase da despesa pública, pois é nesse momento, com o “compromisso”, que se constitui, em concreto, a despesa pública.

³⁵² Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 206-217.

mesmo no momento do compromisso, sujeita-se o ato despesista ao controle, seja pela insuficiência do escrutínio levado a efeito na fase de cabimento (que poderia não garantir a efetiva existência de recursos), seja pela inutilidade do controle em momento posterior (que, pela situação fática consolidada, poderia inviabilizar o desfazimento da obrigação), condicionando, assim, a assunção de compromissos ao preenchimento de requisitos legalmente estabelecidos, que giram em torno da existência de liquidez (natureza material) e titulação da operação (natureza formal): a) “existência de fundos disponíveis”, a compreender, em linhas gerais, a os recursos disponíveis em curto espaço de tempo³⁵³ (art. 5.º, n.º 1, LCPA); b) emissão de número de compromisso válido e sequencial, obrigação burocrática, necessária para viabilizar identificação e controle, cujo descumprimento, nos termos da lei, torna o contrato ou a obrigação subjacente nula para todos os efeitos (art. 5.º, n.º 3, LCPA). Não observados esses requisitos, a assunção indevida de compromisso apresenta como possível consequência a invalidade do ato (art. 5.º, n.º 3, LCPA)³⁵⁴, culminando na impossibilidade de reclamação de pagamentos (art. 9.º, n.º 2, LCPA)³⁵⁵ e apuração de responsabilidades³⁵⁶ (criminal, civil, disciplinar e financeira) dos agentes envolvidos³⁵⁷.

³⁵³ O art. 3.º, alínea f, da Lei n.º 8/2012, estabelece como sendo “fundos disponíveis” as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos: i) A dotação corrigida líquida de cativos, relativa aos três meses seguintes; ii) As transferências ou subsídios com origem no Orçamento do Estado, relativos aos três meses seguintes; iii) A receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento; iv) A previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes; v) O produto de empréstimos contraídos nos termos da lei; vi) As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) cujas faturas se encontrem liquidadas, e devidamente certificadas ou validadas; vii) Outros montantes derivados da autorização excepcional de aumento temporário dos fundos disponíveis nos termos do artigo 4.º da referida lei. Calha ressaltar, de todo modo, “*a ideia de que o legislador não exigiu a comprovação da real pré-existência de disponibilidade em caixa (“dinheiro vivo”) mas sim a comprovação de que essas disponibilidades vão, pelo menos, existir a curto prazo*” (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 209). Interessante, nesse sentido, a observação do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA de que se trata, “*na prática, de uma espécie de segundo cabimento, na medida em que a despesa, após se ter verificado caber no crédito ou previsão orçamental (quantia mais ampla), deve agora caber nos mencionados fundos disponíveis (quantia menos ampla)*” (*ibid.* p. 209).

³⁵⁴ Não obstante a expressa previsão contida no art. 5.º, n.º 3, LCPA, preveja a hipótese de nulidade de pleno direito de contrato ou a obrigação subjacente, cuja despesa esteja lastreada em assunção indevida de compromissos, a redação do art. 5.º, n.º 4, LCPA, relativiza consequência jurídica, dispondo sobre a possibilidade de afastamento da nulidade, quando, por decisão judicial ou arbitral, ponderados os interesses públicos e privados envolvidos em cotejo com o vício procedimental, a anulação revelar-se desproporcional ou contrária à boa fé. Está presente, pois, em verdade, hipótese de anulabilidade, que pode ser alegada em espaço temporal definido (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 213). Pelo mesmo raciocínio, em respeito ao princípio da proporcionalidade e às exigências de proibição de excesso, restringe-se eventual invalidade ao ato de compromisso, não alcançando diretamente respectivo ato ou contrato (*ibid.* p. 213).

³⁵⁵ Se, no âmbito privado prevalece o adágio popular de “*quem paga mal paga duas vezes*”, no âmbito público, quem, relacionando-se com ente público, contrata mal, nada recebe. É o que dispõe o artigo 9.º, n.º 2, LCPA, segundo o qual “*os agentes económicos que procedam ao fornecimento de bens ou serviços sem que o documento de compromisso, ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente possua a clara identificação do emitente e o correspondente número de compromisso válido e sequencial, obtido nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da presente lei, não poderão reclamar do Estado ou das entidades públicas envolvidas o*

Em seguimento, passa-se à *fase de processamento*, que consiste, nos termos do artigo 27.º do RAFE, na “*inclusão em suporte normalizado dos encargos legalmente constituídos, por forma que se proceda à sua liquidação e pagamento*”, objetivando, assim, conferir transparência administrativo-financeira e segurança jurídica ao dispêndio a ser efetivado³⁵⁸. Como se observa, a clareza e simplicidade desse ato não lhe retiram importância, justamente porque contribui ativamente para maior controle da obrigação estabelecida pelo ente público. Não se deve confundir, entretanto, esse ato com aquele inserido na fase de liquidação, que, diferentemente do que à primeira vista possa parecer, compreende, nos termos do artigo 28.º do RAFE, a determinação “[*d*]o montante exacto da obrigação que nesse momento se constitui, a fim de permitir o respectivo pagamento”. Conforme salienta a doutrina³⁵⁹, sua função é meramente declarativa e concretizadora, que já se estabelecera na fase de assunção de compromisso, mas, isto sim, reconhece sua existência e determina o montante a ser adimplido. Desse modo, processamento e liquidação estão bem próximos, um ao lado do outro, quase que fundidos em um só ato, embora técnica e legalmente com traços de distinção evidenciados.

Decorrido todo esse percurso, observando-se conformidade com todos os requisitos das fases pretéritas, pode-se afirmar que a obrigação se encontra plenamente constituída, apta a surtir todos os efeitos inerentes. Passa-se, então à *fase de pagamento*, nela se distinguindo a autorização de pagamento e o efetivo pagamento. Apesar de serem tarefas próximas, a distinção se revela importante a indicar a competência para sua execução: a autorização de

respectivo pagamento ou quaisquer direitos ao ressarcimento, sob qualquer forma”. Interessantíssima observação é apresentada pelo professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 213) sobre o alargamento do alcance sancionatório, irradiando efeitos inclusive para o particular que contrata com o ente público: “[e]stes são como que ‘arrastados’ e chamados a sofrer consequências de um ato praticado pela entidade pública, impondo aos privados co-relacionados um verdadeiro *onus jurídico* (não se tratará de um verdadeiro dever, na medida em que uma eventual conduta omissiva dos privados não será propriamente ilícita, embora lhes traga desvantagens consideráveis). Institui-se uma *privatização do controlo* que, também aqui, pode suscitar reservas de conformidade jurídica, designadamente em face das coordenadas constitucionais de necessidade e adequação da restrição, bem assim como de livre exercício da atividade económica privada (e, eventualmente, livre concorrência)”.

³⁵⁶ Sobre esse ponto, realçando a importância da responsabilização das desconformidades para fortalecimento das instituições, transcrevo advertência conclusiva do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 217): “(...) os gestores e utilizadores de dinheiros públicos têm a sua conduta sob apertado escrutínio jurídico, tentando cuidar o ordenamento das condições para assegurar a adequada correção formal e material dos atos de despesa. Neste contexto, as referidas formas de responsabilidade – não excludentes entre si (ou seja, potencialmente cumuláveis) –, asseguram, ao menos em teoria, as necessárias finalidades de prevenção (geral e especial) e repressão de comportamentos desviantes ou desconformes. Apenas desse modo, o Estado de Direito se conseguirá auto-assegurar, bem assim como tentar a perenidade das suas instituições e garantias”.

³⁵⁷ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 211-217.

³⁵⁸ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 218.

³⁵⁹ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 218.

pagamento é submetida, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do RAFE, ao dirigente do serviço ou organismo com posição superior, que não deve coincidir com o sujeito que anteriormente apresentava competência para autorizar a própria despesa³⁶⁰. Segue-se, após a regular autorização, a efetivação de pagamento, findando o fluxo do processo de execução da despesa pública.

Obviamente o transcurso dessas fases procedimentais não sacrifica a possibilidade de revisitação de seu conteúdo, muito menos imuniza a despesa pública do necessário controle, que pode ser realizado antes, durante e depois da sua efetivação, e que também pode ocorrer, sob ponto de vista diverso, no âmbito interno ou externo à Administração, ainda envolvendo diferentes prismas de atuação a depender da natureza do controle (social, política, administrativa e jurisdicional).

Decerto, a despesa pública também se submete aos rígidos mecanismos de controle interno, em que a própria Administração, no mesmo nível ou em nível superior, prévia ou posteriormente, pode sindicá-la juridicamente as contas públicas, censurando, assim, o gasto público. Esse controle é dotado de plena eficácia, porque, além de ter executividade suficiente para interceptar o ato despesista, pode resultar na responsabilização dos agentes envolvidos. Não se restringe ao controle de legalidade geral, verificando a compatibilidade do ato despesista com as regras que impõem requisitos e condicionantes ao gasto público, mas, também, sob o aspecto da economia e boa gestão³⁶¹. No âmbito institucional, para além do “autocontrole” realizado pelos próprios órgãos de gestão (Sistema de Controle Interno), também é atribuída essa competência ao Conselho das Finanças Públicas, que constitui entidade administrativa independente, o que lhe confere, em termos práticos, maiores poderes na avaliação da atividade financeira pública³⁶². Portanto, *“o certo é que os agentes administrativos, sendo os próprios atores de materialização do gasto, desempenham um papel fulcral na sua sindicância e controlo”*³⁶³.

Partindo para o controle externo da execução orçamentária, não se pretende aprofundar sobre o controle social das contas públicas, que, em certa medida, já foi abordada

³⁶⁰ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 219. Nesse ponto, revela-se manifestação do princípio da segregação de funções, pelo que, nos termos do artigo n.º 42, n.º 1 e 2, LEO), que constitui *“mecanismo fundamental de controlo, quer do orçamento das receitas, quer do orçamento das despesas. É um princípio genérico, ligado ao abandono em muitos casos do controlo prévio judicial e administrativo em Portugal”* (MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 236).

³⁶¹ Cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 246.

³⁶² Cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 247.

³⁶³ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 231.

neste trabalho, ao se destacar a importância do exercício da cidadania, manifestada, muito além da participação no sufrágio, na efetivação participação da sociedade na tomada de decisão da aplicação dos recursos públicos. Não se vai além nesta análise, porque esse controle social serve de ponto de partida, não valendo, per se, como não poderia ser diferente, como controle técnico-jurídico direto, imputando aos órgãos públicos competentes a missão de analisar as constatações sociais³⁶⁴. Não se retira, reitera-se, sua importância na cooperação fiscalizatória das contas públicas.

Em sentido diametralmente oposto da difusão do controle social, há inegável relevância, ainda que distante para os fins deste trabalho, do controle político realizado pela Assembleia da República, que, sem se imiscuir nos aspectos jurídico-normativos, atém-se a aspectos de oportunidade e conveniência do ato despesista³⁶⁵. Portanto, apesar de significar controle externo, não realiza propriamente controle de juridicidade da despesa pública. Por óbvio, sendo exercido controle político, não comprometido com critérios normativos de juridicidade, é bem possível que a aprovação do ato despesista não signifique, necessariamente, sua correção jurídica, porque, como dito, os critérios e interesses tutelados nem sempre são coincidentes, embora devessem sê-lo, afinal, não há juízo de oportunidade e conveniência adequado que se apresente, a um só tempo, válido e, ainda assim, violador da normatividade jurídica. Em todo caso, concretamente, assim acontece, sendo, por vezes, aprovadas despesas que escapam ao controle político, mas não se mostram compatíveis com as orientações jurídicas e econômicas. *“Nestes casos, o subsistema político entra em conflito com os restantes subsistemas, podendo originar colisões de valorações que não são fáceis de resolver, principalmente se for considerada uma visão parcial ou limitada dos problemas”*³⁶⁶.

Passa-se, então, ao enfrentamento dos problemas de maior complexidade para os fins do presente trabalho, designadamente quando o controle jurídico, exercido por órgão externo, dispõe-se a sindicat a substância da escolha realizada. Em outros termos, quando se passa a

³⁶⁴ Apesar da relevância do controle social para o exercício da cidadania, em termos práticos, essa atuação não vai além da pressão reivindicatória no cenário político, cabendo, quando muito, dar conhecimento de fatos aos órgãos competentes para apuração de irregularidades. Não há, no ordenamento jurídico português, “a denominada ‘ação popular financeira’, como modo jurídico direto de questionamento da correção jurídico financeira dos atos públicos, nem a legitimidade dita particular para recorrer das decisões do TdC” (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 227).

³⁶⁵ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 228.

³⁶⁶ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 229. Não se pode ser ingênuo a ser levado a crer que o Direito estaria destinado a prevalecer nesse conflito. As relações sociais são muito complexas e o respeito às normas jurídicas são apenas um de seus aspectos. Por essa razão, com total acerto, o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA lança a necessária ponderação ao debate: *“nem a valoração política se pode sobrepor completamente às valorações jurídica e econômica, nem estas últimas podem esvaziar completamente a primeira, exaurindo-a da sua vocação essencial de escolha de decisões várias”* (ibid. p. 229).

perspectivar controle sobre o núcleo mais íntimo de juridicidade que toca a legítima escolha realizada pelo gestor. E mais, como analisado na realidade brasileira, importante verificar – ainda que em notas de apresentação, postergando-se aprofundamento para momento oportuno – em que medida o controle externo em Portugal pode (re)definir políticas públicas e, assim, impor novas despesas ao ente público.

Decerto, sem desconsiderar a possibilidade de controle jurídico levado a efeito por órgãos administrativos, aqui, está-se a tratar e emprestar especial relevância ao controle jurídico realizado ao nível jurisdicional, que, conforme já exposto anteriormente, pode alcançar aspectos mais formais do procedimento administrativo despesista, mas, também, e principalmente, seus aspectos substantivos, “*indagando se seu conteúdo respeita as balizas materiais que lhe são impostas, como prossecução do Interesse público, a equidade intergeracional, a boa gestão, a igualdade, a proporcionalidade, a proteção de confiança, etc*”³⁶⁷.

No ordenamento jurídico português, esse controle jurídico externo é realizado, ao nível jurisdicional, com maior intensidade, pelo Tribunal de Contas, que, apesar de não ser Tribunal Judicial comum (em vista da distinção traçada no artigo 209.º da Constituição portuguesa), possui plenos poderes jurisdicionais³⁶⁸. Vale dizer, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas não são definitivas e se sujeitam a revisão judicial, em Portugal, algumas decisões do Tribunal de Contas têm natureza jurisdicional, não estando sujeita à apreciação de nenhum outro órgão de mesmo status hierárquico³⁶⁹. Calha ressaltar que não se ignora a importância do Tribunal Constitucional (art. 221.º a 224.º CRP/76), como órgão supremo do controle jurisdicional português, cabendo a ele proceder à fiscalização de constitucionalidade, mediante apreciação de inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas, nos termos dos artigos 223.º e 277.º da Constituição. No entanto, pelo que se observa, sua atuação se situa no plano normativo

³⁶⁷ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 229.

³⁶⁸ Conforme ressalta a doutrina, a investidura da função jurisdicional se condiciona à atribuição da “*função de resolução definitiva, de acordo com critérios jurídicos, de conflitos de pretensões de conformidade jurídica*” (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 232).

³⁶⁹ Nesse sentido, a propósito, a oportuna observação do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA [ROCHA, Joaquim Freitas da. Tipologia e Natureza Jurídica dos Atos Praticados pelo Tribunal de Contas. In ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores da (coords). **A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2021, p. 89]: “para o que aqui interessa, é indubitável que a CRP, goste-se ou não, considera o TdC um verdadeiro tribunal, e o intérprete não o pode transformar num órgão político, administrativo ou meramente consultivo. É imperativo lógico que um denominado – pela Constituição – ‘tribunal’ tenha de praticar atos típicos de um... tribunal”. Com esse entendimento, condiciona o reconhecimento da natureza jurisdicional do ato se praticado por órgão investido das funções de tribunal, de modo que “nas situações em que o TdC resolve litígios em última palavra, está a atuar *como tribunal* e no exercício de autênticos poderes jurisdicionais” (*ibid.*, p. 101).

abstrato, não sendo de sua competência o controle da despesa pública enquanto ato administrativo concreto, objeto do presente trabalho. É bem verdade que suas decisões acabam impactando a execução orçamentária, sobretudo ao analisar, dentre outras, eventuais vícios de constitucionalidade que recaiam sobre a autorização orçamentária, o que, apesar de extrema relevância, não se insere na perspectiva aqui percorrida³⁷⁰.

Desse modo, retomando o raciocínio, a Constituição portuguesa, em seu artigo 214.º, reconhece o Tribunal de Contas como “órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe”, competindo-lhe: a) dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei; d) exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei. Trata-se, portanto, de verdadeiro Tribunal, com poderes jurisdicionais, com competência exclusiva para apreciar as contas públicas³⁷¹. Com maior detalhamento dessa atuação, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97) estabelece que incumbe ao Tribunal de contas fiscalizar “a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva responsabilidades por infrações financeiras”.

³⁷⁰ Nesse sentido: “[e]m qualquer caso, como se pode ver, é um controlo sobre normas, e, independentemente do significado que este último vocábulo possa ter – questão já proficuamente analisada pelo próprio TC –, é certo que por tal não se entendem os atos individuais e concretos (atos administrativos), pelo que os atos de despesa *stricto sensu* ficam seguramente excluídos” (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 234).

³⁷¹ Essa maior aproximação do Tribunal de Contas com o funcionamento da Administração Pública, notadamente por syndicar atos de dispêndios praticados com sentido de desenvolvimento de suas atividades, pode conflitar com a atuação dos tribunais administrativos e fiscais, que, por definição constitucional (art. 212.º, n.º 3), têm competência para dirimir conflitos decorrentes de relações jurídicas e fiscais. Basta observar que, para bem cumprir sua missão de julgar o “cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam” (art. 3.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), os Tribunais Administrativos podem tutelar direitos que, muitas vezes, aproximam-se ou se condicionam à imposição de gastos (v.g. a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência de atos administrativos; a condenação à prática de atos devidos, nos termos da lei ou de vínculo contratualmente assumido; a condenação à adoção ou abstenção de comportamentos, pela Administração Pública ou por particulares – art. 2.º CPTA). Em razão disso, o art. 1.º, n.º 3, da LOPTC, prevê que “[s]empre que se verifique conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo, compete ao Tribunal dos Conflitos, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e constituído por dois juizes de cada um dos tribunais, dirimir o respectivo conflito”. Aqui, oportuno sublinhar a observação do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 251), no sentido de que o ato de visto do Tribunal de Contas, no âmbito do controle prévio, deve ser considerado “um ato não jurisdicional (eventualmente, um ato materialmente administrativo), praticado por um Tribunal no exercício de poderes não jurisdicionais”, suscitando, em consequência, reservas quanto à formação de definitividade dessa decisão. Com esse raciocínio, referido autor afasta, na hipótese de visto prévio, qualquer situação de conflito de jurisdição com decisão de outro Tribunal. Em sentido contrário, entendendo pela natureza jurisdicional do visto, cfr.: MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 250-251.

Também de um modo diferente do Brasil, em que a atuação se centra na análise de prestação de contas, ou seja, quando a despesa já foi executada, restando cuidar da responsabilização dos agentes, em Portugal, o Tribunal de Contas apresenta três atuações bem definidas: a) fiscalização prévia (arts. 44.º a 48.º LOPTC), voltada a verificar, em situações específicas (art. 46.º LOPTC), geralmente envolvendo valores elevados³⁷², o cabimento orçamentário da despesa e de sua conformidade com as leis em vigor; b) fiscalização concomitante (art. 49.º LOPTC), através de auditorias permanentes, notadamente em relação aos atos que impliquem despesas de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei (art. 49.º, n.º 1 LOPTC); e c) fiscalização sucessiva (arts. 50.º a 56.º LOPTC), com especial destaque para a verificação das contas das entidades públicas sob sua jurisdição³⁷³, em que avalia os respectivos sistemas de controle interno, aprecia a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegura a fiscalização da participação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia (art. 50.º, n.º 1 LOPTC).

Não se pretende aqui avançar sobre o controle jurisdicional realizado pelo Tribunal de Contas sobre aspectos de legalidade genérica, porque não há a menor dúvida do alcance e limites de seus aspectos jurídicos. O ponto aqui, como exhaustivamente frisado, é definir os limites de controle jurisdicional da despesa pública, para, assim, revelar seu conteúdo mais íntimo de juridicidade.

É por essa razão que se permite não descortinar todas as nuances da atuação do Tribunal de Contas, mas, nesse primeiro momento, apenas verificar o nível da intensidade da

³⁷² Nos termos do artigo 48.º da LOPTC, com a redação da lei 27-A/2020, atualmente, a prévia declaração de conformidade é dispensada em relação aos contratos valor inferior a € 750.000 (setecentos e cinquenta mil euros), com exclusão do montante do imposto sobre o valor acrescentado que for devido. Esse limite é majorado para € 950.000 (novecentos e cinquenta mil euros) quanto ao valor global dos atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si.

³⁷³ São aquelas indicadas no art. 2.º da LOPTC: a) o Estado e seus serviços; b) as Regiões Autônomas e seus serviços; c) as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas; d) os institutos públicos; e) as instituições de segurança social; f) as associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão; g) as empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais; h) as empresas municipais, intermunicipais e regionais; i) as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas, de sociedades de capitais públicos ou de sociedades de economia mista controladas, as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos e as empresas concessionárias de obras públicas; j) as fundações de direito privado que recebam anualmente, com carácter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, relativamente à utilização desses fundos; k) entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos.

análise da substância do ato despesista. Busca-se realizar “biópsia” das decisões do Tribunal de Contas, para, em momento oportuno, decompor sua análise.

Em outras palavras, está-se a discutir com maior relevância quais os parâmetros do controle realizado pelo Tribunal de Contas, que, geralmente, polariza-se em duas orientações: parâmetro de legalidade estrita, em que se verifica se a despesa é lícita, porque em conformidade com as formalidades legalmente estabelecidas; e parâmetro de conformidade de eficiência, em que se verifica critérios de oportunidade, conveniência e de resultados, notadamente para se aferir se a despesa manifesta “boa gestão”³⁷⁴.

Não há menor dúvida de que se atribui ao Tribunal de Contas competência para exercer controle do ato despesista do ponto de vista da legalidade estrita, assim entendida como a confrontação do ato administrativo praticado com as exigências e condicionantes estabelecidos em lei. Vale dizer, “*classicamente o princípio da legalidade da despesa pública estava associado à verificação do cumprimento da tipicidade qualitativa e quantitativa a que as mesmas despesas estão sujeitas*”³⁷⁵, de modo a se encerrar a uma restrita análise de conformação orçamentária. Atualmente, entretanto, como destaca MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, “*a penetração das ideias de economia e eficácia no direito financeiro (em especial, a introdução deste no próprio princípio da legalidade – 42.º, n.º 6, alínea c), da Lei de Enquadramento Orçamental), alarga ainda mais este conceito de legalidade financeira*”³⁷⁶. Com efeito, a questão que se afigura relevante consiste em definir os limites de sua atuação, verificando a possibilidade de enveredar pelo próprio mérito da decisão administrativa. Nesse ponto, deve-se esclarecer que não se trata de penetrar na exclusiva análise de oportunidade e conveniência da escolha, porque, nessa hipótese, a interferência seria indevida. Decerto, havendo duas opções de escolha disponíveis ao gestor para o atendimento da mesma finalidade pública, com idênticos níveis de economia, eficiência e eficácia, qualquer solução, boa ou má, virtuosa ou não, seria legítima, não sendo, portanto, passível de controle jurisdicional³⁷⁷.

A questão aqui posta, entretanto, não é tão simples. Acontece que o critério não essencialmente jurídico da “boa gestão”, densificado nos parâmetros de economia, eficiência

³⁷⁴ ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 242.

³⁷⁵ MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 237.

³⁷⁶ MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 239.

³⁷⁷ SILVA, Hugo Flores. Novas Diretivas e tópicos de despesa pública. **Revista de Contratos Públicos**. n.º 11, CEDIPRE - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, p. 69-88, Coimbra: Almedina, 2016. Disponível em: Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/63112>>. Acesso em 20 jun. 2021.

e eficácia, foi juridicizado, passando a se estabelecer como critério de conformação jurídica. É nesse sentido, pois, que se direciona a possibilidade de avançar no mérito do ato despesista, para se lucubrar, então, a juridicidade da escolha realizada à luz de todos os valores que permeiam o agir administrativo, inclusive, os parâmetros de boa gestão.

Desse modo, considerando que, ainda que as despesas sejam legítimas, há inegavelmente diferentes níveis de eficácia na persecução do interesse pública, a depender dos meios escolhidos para seu atingimento, o que revela a necessidade de verificação da eficiência da decisão do gestor, vetor que conta com elevado grau de complexidade.

Por ora, sem ignorar a possibilidade de controle amplo de juridicidade do ato despesista³⁷⁸, que será retomado e aprofundado mais adiante, inclusive, com novas considerações em torno da eficiência e da discricionariedade administrativa, fica assentado, nessa fase mais de exposição panorâmica do controle jurisdicional, o entendimento de ser “defensável uma ideia de auto-contenção ou de ‘uso moderado’ dos poderes de sindicância do TdC, não devendo o mesmo exorbitar do perímetro apreciativo que constitucionalmente (art.º 214.º) lhe cabe” – sindicat a despesa pública, sob critérios jurídicos, a partir de base normativa jurídico-financeira, evitando qualquer tipo de controle de conformidade política ou puramente administrativa.³⁷⁹

Ainda em seguimento à exposição do controle da despesa pública, calha trazer ao debate a preocupação já externada em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, que envolve a atuação jurisdicional que impõe ao Estado obrigações de fazer, (re)definindo políticas públicas e estabelecendo novas despesas ou seu incremento.

Em Portugal, essa realidade não é tão expressiva, seja pela litigiosidade mais contida, seja pela própria autocontenção mais evidente das decisões judiciais que se prestam a obrigar o poder público. De todo modo, essa atuação revela-se possível e desenvolve-se pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, a quem, nos termos do art. 212.º da Constituição, incumbe o julgamento de litígios decorrentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

³⁷⁸ Nesse sentido, afirma Maria d’Oliveira Martins (MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 239): “[l]evando em consideração tudo quanto acima foi dito, diríamos pois que a verificação do princípio da legalidade da despesa pública corresponde hoje, em concreto, ao cumprimento da legalidade genérica, ao cumprimento das normas legais aplicáveis ao caso (legalidade financeira), ao cabimento orçamental (legalidade orçamental), ao respeito das regras de contabilidade e à verificação da economia, eficiência e eficácia”.

³⁷⁹ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 244.

Por conseguinte, avulta-se a relevância de sua atuação, pois “apreciar a validade de um ato administrativo ou a pertinência de um *non facere* público pode ter muito a ver com o desembolso de recursos públicos”³⁸⁰.

Percebe-se, assim, que a juridicidade da despesa pública não se encerra na simples análise das normas jurídicas que impõem sua regularidade, reafirmando-se a importância de trilhar percurso revelador dos limites da atuação jurisdicional a indicar o exato conteúdo da conformação jurídica do ato despesista, em uma simbiose que se retrodefine.

c) Espanha

A execução orçamentária no sistema jurídico espanhol guarda certa similaridade com os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, designada por se estruturar em torno das normas que sedimentam a separação de poderes. Desse modo, a mesma relação havida para construção orçamentária se mantém ao longo de sua execução, revelando premissas estruturantes para seu pleno funcionamento: i) atribuições de funções distintas e reciprocamente reflexivas entre os Poderes Executivo e Legislativo; ii) coordenação de ambos para desenvolvimento do ciclo orçamentário; e iii) irrenunciabilidade das competências atribuída a cada um nas distintas fases³⁸¹.

Não por outra razão, a doutrina espanhola ressalta que “[e]l presupuesto constituye, pues, el instituto constitucional que mejor refleja la separación (reparto) y, a la vez, el equilibrio de poderes propio del Estado de Derecho”³⁸². Em termos práticos, essa revelação fica ainda mais evidente quando se observa a repartição normativa constitucional das competências nas fases do ciclo orçamentário³⁸³: a) *elaboração*, atribuída ao Poder Executivo, que deverá apresentar a proposta orçamentária ao Poder Legislativo (Cortes Generales) pelo menos três meses antes de expirarem os do ano anterior (art. 134.1 e 3 CE/78); b) *aprovação*, de competência do Poder Legislativo (art. 66.2 e 134.1 CE/78); c) *execução*, com primazia da atuação do Poder Executivo, estabelecendo, inclusive, que todas as Administrações Públicas devem adequar suas atuações ao princípio da estabilidade orçamentária; e, d) *controle*,

³⁸⁰ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 264.

³⁸¹ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 901.

³⁸² Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 901

³⁸³ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 901

exercido com destaque e mais diretamente pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 136 CE/78).

Como se vê, o iter orçamentário segue movimento pendular de atribuições, bem observando sistema de freios e contrapesos a evidenciar a adequada separação e equilíbrio das funções desempenhadas pelo Estado. Nesse particular, confere-se maior relevância ao teto dos gastos públicos, como marco do equilíbrio orçamentário, impedindo o ente público gastar mais, estimulando-o a gastar melhor³⁸⁴.

Com a aprovação orçamentária, segue-se a autorização para que o Governo possa desenvolver atividades que envolvam dispêndios, deixando-se claro que, no ordenamento jurídico espanhol, essa previsão não impõe que os valores sejam necessariamente executados, nem define o momento da despesa pública, mas, antes, constitui discricionariedade do gestor acerca de sua oportunidade e conveniência³⁸⁵.

Tem-se, então, que o gasto público se desenvolve como procedimento adequado para compatibilizar a necessidade material da Administração, no domínio de suas atividades, à autorização orçamentária, que viabiliza os recursos necessários ao seu custeio. Portanto, a despesa pública não é propriamente o ato material de estabelecimento de obrigação estatal, embora, na essência, acabe por sê-lo, na medida em que, com o procedimento despesista, materializa-se o dever de pagamento do ente público (ar. 73.4 LGP). Está-se a afirmar que o Estado assume obrigações materiais (v.g., contrata empresa para realizar obra ou prestação de serviço) movido pela necessidade de tutelar e concretizar o interesse público. No entanto, para viabilizar essa prestação material, que não ocorre de forma gratuita ou altruística, adota-se o gasto público como ponte estabelecida entre as necessidades reconhecidas pelo ente público e a disponibilidade de recursos existentes. Por essa razão, compreende-se que *“el desarrollo y la culminación de este procedimiento vienen impuestos a la Administración como modo de satisfacer y cumplir la preexistente obligación económica, jurídicamente vinculante, bien puede afirmarse que constituye una actuación debida, permitiendo configurar una función de gasto público en sentido técnico”*³⁸⁶.

Não se percebe no plano constitucional indicação analítica do desenvolvimento da execução da despesa pública, sendo essa previsão atribuída à legislação infraconstitucional.

³⁸⁴ Conforme exposição de motivos da Lei n.º 47/2003 - Ley General Presupuestaria. Cfr.: ESPANHA. **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria**. Madrid, 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-21614-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021, p. 04.

³⁸⁵ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 917-918.

³⁸⁶ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 918.

De todo modo, ainda no âmbito constitucional, verifica-se o substrato de validade da despesa pública não restrito aos aspectos de legalidade formal, mas, mais que isso, submete seu direcionamento, necessariamente, a critérios de eficiência e economia (art. 31.2 CE/78). Como se verá adiante, essa regra incorpora e confere conotação jurídica a valores que não se inserem exatamente nesse campo de atuação, mas, a partir da invocação constitucional, passam a pautar a atividade administrativa, ao nível da juridicidade, estabelecendo importante pista do controle passível de efetivar sobre o gasto realizado. Ademais, estabelece-se como orientação basilar, a regra de que “[as] administrações públicas só poderão contrair obrigações financeiras e realizar gastos de acordo com as leis” (art. 133.4 CE/78), parâmetro suficiente a firmar a elevação do parâmetro de juridicidade da despesa pública como condicionante de sua implementação.

De um modo geral, sem a pretensão de esgotar o detalhamento das formalidades inerentes ao gasto público, verifica-se que o art. 73 da *Ley General Presupuestaria* estabelece as fases do procedimento despesista, que a doutrina³⁸⁷ divisa em “*ordenación del gasto*”, em que se identifica se reconhece a obrigação e o direito do terceiro em receber o valor, que segue até a fase de “*reconocimiento de la obligación*”; e “*ordenación del pago*”, que consiste na atividade mais burocrática dirigida ao cumprimento da obrigação pública através do efetivo pagamento. Estabelece-se, assim, legalmente (art. 73 LGP), as seguintes fases necessária à execução do gasto público: a) “*aprobación del gasto*”, momento inicial do procedimento, que compreende o ato mediante o qual essencialmente se reserva, do crédito orçamentária, o valor necessário para o dispêndio, sem estabelecer, ainda, relação com terceiro desvinculado do ente público (art. 73.2 LGP); b) “*compromiso de gasto*”, que corresponde ao compromisso firmado com o particular pelo qual se estabelece a intenção em realizar despesas previamente aprovadas (art. 73.3 LGP) – aqui se encontra o ato mais significativo do procedimento de execução da despesa pública, pois através dele o ente público se vincula à realização do gasto de acordo com as condições estabelecidas³⁸⁸; c) “*reconocimiento de la obligación*”, que consiste na formalização da existência de um crédito exigível do ente público, decorrente da despesa aprovada e comprometida e que acarreta a correspondente proposta de pagamento (art. 73.4 LGP)³⁸⁹; d) “*ordenación del pago*”, pelo que

³⁸⁷ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 918.

³⁸⁸ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 919.

³⁸⁹ Relevante destacar, ainda nos termos do art. 73.4 LGP, que o reconhecimento da obrigação se condiciona à prévia acreditação documental perante o órgão competente para a execução da prestação ou do direito do credor, conforme estabelecido no comprometimento da despesa, notadamente porque o art. 21.2 LGP determina que as

são emitidas ordens a favor do credor indicado na proposta de pagamento correspondente (art. 75.3 LGP); e) “*pago material*”, quando os recursos são transferidos à esfera patrimonial e de disponibilidade do particular.

Com essas ligeiras considerações sobre a execução orçamentária e a materialização da despesa pública, passa-se a discorrer sobre o controle existente para verificação de eventuais ilegalidades no desenvolvimento do respectivo procedimento, ou, em termos mais precisos, “*assegurar que los entes públicos en el ejercicio de su potestad financiera cumplen con las normas disciplinadoras de las diversas modalidades de gasto público, así como verificar si la actividad económica del sector público es eficaz y eficiente*”³⁹⁰.

Assim como nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, há um duplo controle exercido sobre o desenvolvimento da atividade financeira: interno, no âmbito da própria estrutura da Administração, concernente ao órgão que se assume a executar o gasto público; externo, dedicado à atuação de órgão diferente daquele executor, estranho, portanto à função desenvolvida pela Administração Pública. Sem embargo da possibilidade de, no âmbito interno, partir-se para análise de oportunidade e conveniência do ato, do ponto de vista jurídico, seja qual for a esfera de controle, trata-se de “*un puro control de legalidade, cuyo único fin es comprobar y asegurar que las actividades de obtencion de recursos y de empleo de los mismos responden a las finalidades y autorizaciones concedidas por el Parlamento*”³⁹¹.

Encontra-se, aqui, aspecto de elevado destaque para os fins do presente trabalho, notadamente do quanto referido ao “puro controle de legalidade”. Nesse ponto, então, a doutrina³⁹² afirma que, no quadro evolutivo jurídico espanhol, sobretudo no período pós Segunda Guerra Mundial, movido por ideais intervencionistas e de bem-estar social, o Estado passa a se preocupar com aspectos de eficácia e resultados econômicos e sociais de sua atuação. É nesse contexto que vão surgindo outros parâmetros de controle, sobremaneira tendentes ao controle de oportunidade e conveniência da atividade financeira. No caso ordenamento jurídico espanhol, como indicado, houve expressa previsão constitucional (art. 31.2 CE) de sujeição da execução da despesa pública aos critérios da eficiência e economia. Por essa razão, já se expressou doutrinariamente o entendimento da existência de “*otros tipos*

obrigações ente público somente pode ser executadas se o credor tiver cumprido ou garantido a sua obrigação correspondente (cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 920).

³⁹⁰ Cfr. ELENO RODRÍGUEZ, David. Acto administrativo y relación jurídica de gasto. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 95.

³⁹¹ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 928.

³⁹² Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 928.

*de controles que, en definitiva, aseguren la preeminencia de los intereses generales en la gestión financiera de los recursos públicos, obedeciendo no ya a estrictos criterios de legalidad, sino, sobre todo, a una adecuada gestión económico-social de los fondos públicos, o - como dice el art. 31.2 CE - a su manejo con criterios de eficiencia y economía*³⁹³.

Decorrência desse novo olhar sobre o desenvolvimento da execução orçamentária, menciona-se a título de ilustração³⁹⁴, a edição da Lei n.º 19/2013 (de “*transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*”), que dispõe sobre o estabelecimento de medidas administrativas de transparência, acesso a informação pública e normas de bom governo como eixos de toda ação política, sujeitando os infratores a responsabilidades (arts. 27, 28 e 29) e sancionamentos (art. 30)³⁹⁵.

Como se percebe, a diretriz constitucional acabou por refletir na produção normativa legislativa, estipulando parâmetros variados de controle rigorosamente não jurídicos, mais próximos da economia e da gestão pública, no entanto, aos quais, uma vez constitucionalizados, foram agasalhados pela normatividade jurídica.

Necessário, pois, pequeno esclarecimento – mas de grandes reflexos futuros – que se faz no curso da exposição: esses novos parâmetros, que, conforme se afirmou, não apresentam contornos tipicamente jurídicos, passam a integrar o bloco de juridicidade e justificar legitimamente o controle da execução da despesa pública do ponto de vista da legalidade ampla, pois “[*d*]esde una perspectiva más amplia que la de la mera legalidad, es también objeto de la función de control verificar el grado de cumplimiento de las previsiones económico-financieras”³⁹⁶. Por ora, assenta-se essa premissa que será retomada mais adiante.

³⁹³ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 928.

³⁹⁴ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 928-929. Referidos autores ainda indicam outras referências com igual propósito: Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³⁹⁵ Conforme se destaca na exposição de motivos da Lei 19/2013 (cfr.: ESPANHA. **Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**. Madrid, 2013. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12887-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021, p. 05), “[*e*]n lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”.

³⁹⁶ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 931. Ainda: “[...] en la actualidad el objeto de la función de control en la verificación del cumplimiento de los principios rectores del gasto público, que no sólo se reducen al principio de legalidad, sino que se despliegan en la asignación equitativa del gasto público respondiendo a criterios de eficiencia y de economía, de estabilidad presupuestaria, así como el grado en los Presupuestos Generales del Estado (ar. 142 LGP)” (*ibid.*

Decerto, como exposto, o controle da execução orçamentária não se apresenta de forma linear e com mesmo nível de intensidade. No controle interno, a atividade financeira do Estado é permanentemente submetida a órgãos da própria Administração Pública, de modo a afastar arbitrariedade estatal. Por isso, em regra, tem-se um procedimento, e não um ato isolado, praticado de forma complexa, pois dependente da participação de diferentes tipos de agentes. Além do controle realizado no próprio procedimento de despesa pública, confere-se à *Intervención General de la Administración del Estado* (art. 140.2 LGP), vinculado à própria Administração, poderes para desempenhar autonomamente controle interno da gestão econômica e financeira do setor público, cuja atuação pode ocorrer de forma prévia (função interventora), concomitante (controle financeiro permanente) ou posterior (auditoria)³⁹⁷.

Na Espanha, o controle prévio desempenha papel importantíssimo, pois tem por objeto “*controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso*” (art. 148 LGP). Ainda, nos termos do art. 150 LGP, o controle prévio (“*función interventora*”) será exercido nas suas modalidades de intervenção formal, que consistirá na verificação do cumprimento dos requisitos legais necessários à adoção do contrato, examinando todos os documentos que devem constar do processo e material; e intervenção material, na qual será verificada a real e efetiva aplicação dos recursos públicos (art. 150.1 LGP). Por fim, cumpre salientar que o art. 151 LGP indica as situações que não estão sujeitas ao controle prévio (o que demonstra que são poucos atos que não se submetem a esse tipo de controle), dentre os quais, destacam-se os contratos de menor valor (ou a eles assimilados por força normativa), despesas de natureza periódica e outras de extensão sucessiva (desde que auditada a despesa na origem da obrigação), despesas inferiores a € 5.000 (cinco mil euros), cujo pagamento seja efetuado em regime especial de adiantamento fixo de dinheiro.

Nos termos do art. 157 LGP, o controle financeiro permanente tem por objetivo fiscalizar continuamente, sob o aspecto econômico-financeiro, a situação e o funcionamento das entidades do setor público estatal, verificando o cumprimento das normas e diretrizes que as regem, especialmente, se a gestão obedece aos princípios da boa gestão financeira e, em particular, o cumprimento do objetivo de estabilidade orçamentária e equilíbrio financeiro. Os

p. 931). Ressalte-se que a posição seguida neste texto segue sutil diferença, pois se compreende que análise mais ampla também se insere no âmbito da legalidade, mais modernamente melhor abordada como juridicidade.

³⁹⁷ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 931.

objetivos de sua atuação estão estabelecidos no artigo 159.1 LGP, dentre os quais, para os fins da presente pesquisa, destaca-se a análise das operações e procedimentos, permitindo fornecer uma avaliação da sua racionalidade econômico-financeira e sua adequação aos princípios da boa gestão, a fim de detectar suas possíveis deficiências e propor recomendações para corrigi-las.

Consoante dispõe o art. 162 LGP, a auditoria pública consistirá na verificação, realizada posteriormente e de forma sistemática, da atividade econômico-financeira de todos os órgãos que compõem o setor público estatal, sem prejuízo da atuação correspondente aos controles prévio (“*la función interventora*”) e concomitante (“*control financiero permanente*”) (art. 163 LGP). Há três modalidades de atuação da auditoria pública (art. 164): a) “*auditoría da regularidad contable*”, que consiste na revisão e verificação da informação e documentação contabilística, em que se verifica a sua conformidade com as normas contabilísticas e orçamentárias, quando aplicáveis, estando inserida nessa modalidade a análise da prestação de contas anuais (“*auditoría de las contas anuales*”) (arts. 127 e 167 LGP); b) “*auditoría de cumplimiento*”, que objetiva verificar se os atos, operações e procedimentos de gestão econômico-financeira foram executados de acordo com as normas aplicáveis, especialmente observando a conformidade de legalidade orçamentária de contratação, gestão de pessoal, receitas e subvenções, bem como de qualquer outro aspecto da atividade econômico-financeira das entidades auditadas (art. 169 LGP); c) “*auditoría operativa*”, que consiste no exame sistemático e objetivo das operações e procedimentos de forma a proporcionar avaliação independente da sua racionalidade econômico-financeira e da sua adaptação aos princípios do boa gestão, a fim de detectar possíveis deficiências e propor as recomendações adequadas para corrigi-las, com destaque para a “*auditoría de economia*”, que consiste na avaliação independente e objetiva do nível de eficácia, eficiência e economia alcançado na utilização de recursos públicos (art. 170.3 LGP).

Assim, em linhas gerais, são objetivos do controle interno autônomo³⁹⁸: a) verificar o cumprimento dos normativos aplicáveis à gestão objeto do controle; b) verificar o adequado registro e contabilização das operações realizadas, e seu fiel e regular reflexo nas contas que, conforme as disposições aplicáveis, deva formar cada órgão ou entidade; c) avaliar se a atividade e os procedimentos de controle se realizam de acordo com os princípios da boa gestão financeira, especialmente aqueles previstos na “*Ley General Presupuestaria*”; e, d)

³⁹⁸ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 933.

verificar o cumprimento dos objetivos atribuídos aos centros de gestão dos gastos definidos no Orçamento Geral do Estado.

De outro modo, conforme brevemente exposto, o controle externo da execução orçamentária é exercido, nos termos da previsão do art. 136 da Constituição espanhola, pelo Tribunal de Contas, que é reconhecido como órgão supremo fiscalizador das contas e da gestão econômico-financeira do setor público, atuando por delegação do Poder Legislativo (Cortes Gerais)³⁹⁹. No exercício de suas funções, o Tribunal de Contas exerce duplice papel: “*función fiscalizadora externa*” (art. 9º LOTC) e “*función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable*” (art. 15 LOTC)⁴⁰⁰.

Na atuação fiscalizadora externa (“*función fiscalizadora externa*”), o Tribunal de Contas realiza amplo controle da gestão pública, procedendo à análise de conformidade da atividade com os princípios da legalidade, eficiência, economia e transparência (art. 9º LOTC). Sob esse prisma, acentua a doutrina “*la amplitud de la función fiscalizadora, que no se reduce meramente a la legalidad de las actuaciones, sino que supone un conocimiento completo, desde cualquier perspectiva, de la gestión económico-financiera del sector público*”⁴⁰¹. As decisões proferidas nesse âmbito não têm natureza jurisdicional e, portanto, estão sujeitas à revisão judicial⁴⁰².

³⁹⁹ A repartição das funções do Estado, com a consequente atribuição de força política que acompanhou a formação de cada Poder, moldou a insubmissão recíproca dos poderes, estabelecendo sistema de não hierarquia e de respeito mútuo no exercício das funções típicas atribuídas. Em paralelo, estabeleceu-se sistema de contenção, consubstanciado em mecanismos de freios e contrapesos para evitar a sobreposição de Poderes. É nesse contexto que tradicionalmente se reconheceu ao Poder Legislativo a competência para julgar as contas públicas, afinal, em conformidade jurídica racional, estaria implícita, nos poderes normativos de autorização da atividade financeira, a atribuição para analisar a compatibilidade da respectiva execução. Por essa razão, conferia-se ao Poder Legislativo a competência para apreciar as contas públicas anuais. No entanto, conforme observa a doutrina (MARTIN QUERALT, Juan. et al. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 939), tem-se observado ao longo da história a insuficiência do Poder Legislativo, para, per se, assumir tecnicamente essa função de controle. Por essa razão, “[e]llo ha motivado que ya desde muy antiguo se articulan órganos especializados que acometieran ese control, actuando con mayor ou menor grado de independencia respecto de los poderes del Estado, si bien conectados casi siempre con el órgano legislativo” (ibid. p. 939). Essas razões justificam a exigência de delegação e dependência da atuação do Tribunal de Contas em relação às Cortes Generales, prevista no art. 136 CE, art. 10 LOTC e art. 132 LGP, garantindo-se que a atribuição da competência de aprovação das contas públicas fosse submetida a um órgão que não ostenta envergadura de Poder.

⁴⁰⁰ Sobre a distinção dessas funções, interessante consideração se observa na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, na STC 18/1991 (Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 942): “[e]l Tribunal de Cuentas es supremo pero no único cuando fiscaliza, pues la propia LOTCtas presupone la existencia de órganos autonómicos de control externo, y único pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable, al atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de los recursos de casación y revisión contra sus resoluciones”.

⁴⁰¹ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 940.

⁴⁰² Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol traça importante distinção sobre a natureza jurídica das funções exercidas pelo Tribunal de Contas: “(...) el Pleno de este Tribunal se refirió a la clara distinción

Ademais, o Tribunal de Contas também exerce funções jurisdicionais (“*función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable*”), quando atua na apuração de responsabilidades de agentes públicos por irregularidades na gestão pública, que, por ação ou omissão, causa prejuízo ao ente público. Finalizada a apuração, constatada atuação incompatível com a legalidade e dano patrimonial ao poder público, é cabível a aplicação de sanções administrativas (desde multas até a suspensão da função)⁴⁰³.

Uma nota importante sobre a atuação do Tribunal de Contas refere-se à sua abertura ao controle social efetivo. Diferentemente dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, em que as oportunidades para participação sociedade no acompanhamento e fiscalização da execução orçamentária se restringem a revelar às autoridades competentes a notícia de eventuais irregularidades identificadas, na Espanha os artigos 47.3 da Lei 2/1982 (*Tribunal de Cuentas*) e 56 da Lei 7/1988 (*Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*) asseguram ao cidadão a pretensão de ação popular financeira (“*accion publica contable*”) junto ao Tribunal de Contas, ação de cunho jurisdicional tendente a perseguir a responsabilização de agente público por irregularidade na gestão pública⁴⁰⁴.

Ainda em sede de controle externo, reconhece-se, como já dito, a possibilidade de atuação das Cortes Generales, que contam com competência para realizar análise da execução orçamentária. Desse modo, nos termos do artigo 131 da LGP, a conta geral do Estado será constituída pela “Intervención General de la Administración del Estado” e será submetida ao

existente entre las dos funciones que, en desarrollo del meritado precepto constitucional, atribuye al Tribunal de Cuentas su Ley Orgánica: ‘la función fiscalizadora externa de la actividad económico-financiera del sector público y la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos’, subrayándose que el enjuiciamiento contable se configura como ‘una actividad de naturaleza jurisdiccional’ (...)” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). **Recurso de amparo n.º 219/97 – STC 215/2000**. Julgamento em 18 set. 2000. Buscador de jurisprudencia constitucional. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 set. 2021.

⁴⁰³ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 944; FUENTES ESCRIBANO, Santiago. El control externo del gasto público. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 645-646.

⁴⁰⁴ Conforme observa o professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 227), esse importante instrumento de cidadania e combate à má-gestão pública não conta com previsão no ordenamento jurídico português, também, destaque-se, sem previsão no direito brasileiro. Apesar de ambos os ordenamentos tratarem expressamente da ação popular (art. 52.º, n.º 3º, da Constituição portuguesa e art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição brasileira), a hipótese de irregularidade financeira não foi contemplada como objeto de controle, inviabilizando o manejo dessa relevante ação. Nas palavras de ANDREA ISABEL DIAS BARBOSA (cfr.: BARBOSA, Andreia Isabel Dias. The ‘popular financial action’ – comparative analysis between Portugal and Spain. **PoLaR – PORTUGUESE LAW REVIEW**, Almedina, Coimbra, v. 1. p. 43-64, jul./2017. Disponível em: <<http://www.portugueselawreview.pt/wp-content/uploads/2017/08/0.-POLAR-VOLUME-1-SP-RING-SUMMER-2017-No-1.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2021, p. 47): “[i]t is a peculiar form of activate legitimacy that is attributed to citizens, even when they are not direct and exclusive holders of a right or a legitimate interest to syndicate the reestablishment of the legal order before the Courts. Thus, this is a special way of assigning the active procedural legitimacy, which assumes, in these terms, a universal character”.

Governo para remessa ao Tribunal de Contas até 31 de outubro do ano seguinte àquele a que se refere. Passo seguinte (art. 132 LGP), o Tribunal de Contas, por delegação das Cortes Generales, realizará exame e verificação no prazo de seis meses a contar da data da sua recepção, após o que deliberará a declaração final que merece, para, então, submeter a proposta à apreciação das “Cortes Generales” ou “Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, conforme o caso, com a devida proposta.

Mais poderia ser dito sobre essa atuação, mas, à vista de sua natureza substancialmente política, perde-se a relevância para os fins deste trabalho.

À saída das reflexões em torno do controle do ato de despesista, retoma-se relevante debate, inaugurado no enfrentamento da grave situação brasileira, sobre o impacto de decisões judiciais que “impõem” novos gastos, a partir da determinação de obrigação ao ente público ou por substituição da escolha pública realizada pelo gestor. Não se trata de controle direto do despesista, mas, sim, atuação externa à Administração pública que causa volumoso impacto na execução orçamentária. É essa razão que move, também, o interesse pela revelação da postura judicial espanhola em demandas dessa natureza, porque, assim como o controle típico do ato despesista, percorrido acima, também envolve debate sobre limites e condicionantes judiciais.

Para logo, ressalte-se que o tema será retomado com mais vagar adiante, cabendo, por ora, registrar que, no ordenamento jurídico espanhol, reconhece-se, a partir do artigo 106 da Constituição espanhola, a possibilidade de postular tutela jurisdicional a sanar vício de legalidade da ação administrativa. Essa previsão estabelece o direito à tutela efetiva, prevista no art. 24.1 CE, a ser oponível contra o ente público. Essa competência se atribui aos “Tribunales de lo Contencioso-administrativo”, cuja atuação encontra-se regulamentada na Lei n.º 29/1998 (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). De todo modo, nota-se que o problema indicado, no ordenamento jurídico espanhol, não passa por maiores complexidades nem impactos orçamentários relevantes, haja vista a previsão do artigo 71.2 da citada lei, segundo o qual “[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.”

Do mesmo modo, no ordenamento jurídico português, reconhece-se a proteção jurisdicional contra lesão a direito do indivíduo, que tenha por objeto relação jurídico-administrativa (art. 268º, n. 4, da CRP/76), impondo-se a atuação jurisdicional a

compelir a Administração Pública ao desfazimento do ato ou à adoção de alguma providência material decorrente da invalidação reconhecida. Nessa hipótese, salienta o art. 95º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002), fixam-se limites objetivos à decisão, dentre os quais, destaca-se (art. 95º, n. 5), na hipótese de a determinação jurisdicional envolver a ponderação própria da função tipicamente administrativa, não sendo possível identificar a atuação legalmente possível, “o tribunal não pode determinar o conteúdo da conduta a adoptar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração”.

O esforço expositivo e argumentativo desenvolvido até aqui teve a finalidade de, por um lado, demonstrar os principais aspectos da que envolvem a execução da despesa pública, revelando seus condicionantes não apenas jurídicos, mas, também os elementos sociais, políticos e econômicos que influenciam na tomada de decisão; por outro, dar a conhecer os problemas jurídicos que circundam sua aplicação, notadamente na definição da juridicidade de seu conteúdo. E, para isso, compreender os limites de controle judicial de conformidade jurídica do ato despesista se apresenta como o percurso fundamental à essa construção.

Por essa razão, o tema merece ser aprofundado para se perscrutar, juridicamente, a compreensão de valores antes estranhos e alheios ao Direito, mas que por ele foram acolhidos em momento mais recente, sobretudo a partir do fenômeno de sua constitucionalização.

Se é certo que a aplicação e interpretação de normas jurídicas pode considerar aspectos políticos e econômicos como elementos, não determinantes e exclusivos, à formação da decisão, tal não se poder afirmar com a sua juridicização, passando a integrar a norma jurídica, e, por assim dizer, o bloco de juridicidade.

É nesse sentido, que se passa a se debruçar sobre dois aspectos fundamentais ao funcionamento da Administração Pública na tomada da decisão despesista, ambos conducentes ao maior ou menor controle e, por consequência, maior ou menor amplitude de exigência de conformação jurídica: a discricionariedade administrativa, enquanto manifestação política, para se aferir o nível de liberdade conferido ao gestor público; a eficiência, enquanto componente econômico, a se verificar o cabimento da análise de meios e fins como parâmetro para sindicar a escolha pública realizada.

CAPÍTULO III. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: DIMENSÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA DESPESA PÚBLICA

O mundo jurídico tem assistido, perplexo e desconfiado, à reconstrução da compreensão do Direito, sobretudo, a partir das consideráveis alterações operadas após a segunda metade do século XX, no período posterior à Segunda Grande Guerra, em que houve acentuado e gradativo abandono do modelo de positivismo como teoria do Direito. A rigidez da lei e o formalismo exacerbado não atendiam às exigências da hermenêutica jurídica, descompasso teórico que ficou ainda mais evidente pela ideia de que essa perspectiva formalista do Direito legitimara condutas atroztes no período de Guerra, estabelecendo, pois, contexto ideal para o nascimento de nova corrente do pensamento jurídico, não homogênea, mas que, por resistir à hegemonia do arquétipo legal, ficou conhecida como pós-positivismo⁴⁰⁵.

É a partir desse cenário histórico e teórico, sobretudo com a constitucionalização do Direito, que a hermenêutica jurídica se permite a novas perspectivas e redefine conceitos sobre institutos jurídicos até então consolidados. Fala-se nesse período, de modo não unívoco, em Neoconstitucionalismo, Estado Constitucional de Direito ou outra denominação que reflita a hegemonia do texto constitucional, com destaque ao Poder Judiciário na criação do direito, garantindo efetividade aos direitos fundamentais, mediante aplicação de princípios e regras constitucionais.

Ruída, portanto, a ideia positivista, que assegurava o império da moldura legal como único caminho de aplicação do Direito, e diante da ascendente normatividade constitucional, impossível não despontar a reflexão sobre problema real, embora dotado de notável carga teórica e investigativa: quais os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito? Vale dizer, considerando que ao Judiciário, na perspectiva neoconstitucionalista⁴⁰⁶, incumbe com primazia criar o direito ao

⁴⁰⁵ O termo empregado, seja qual for, apenas quer significar a superação do modelo positivista. Assim, é a observação de CARLOS BLANCO DE MORAIS (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição** – Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018, p. 317), que denomina esse pensamento jurídico de “suprapositivismo axiológico” ou “moralismo reflexivo”, caracterizando-o “como uma espécie de ‘jusnaturalismo sem direito natural’, tentando superar o positivismo normativo sem recurso a paradigmas metafísicos” (ibid., p. 317). Por essa razão, “a corrente em epígrafe é uma ‘casa’ com muitas moradas” (ibid., p. 317), acomodando os movimentos constitucionalistas especialmente da segunda metade do século XX (ibid., p. 288).

⁴⁰⁶ Obviamente, não se está a afirmar que todos os autores denominados ou reconhecidos “neonconstitucionalistas” sustentam a hegemonia judicial na tarefa de criação do Direito, mas, apenas, a indicar essa tendência no neoconstitucionalismo, sobretudo, em razão da normatividade aberta dos princípios constitucionais e da apatia hermenêutica dos demais poderes, indispostos a cumprir o seu papel constitucional. A

caso concreto, a partir dos valores normativos extraídos do texto constitucional, como acomodar a discricionariedade administrativa da decisão despesista, assim entendida como a essência da manifestação política do gestor público (mérito administrativo), tradicionalmente considerada imune ao controle judicial, diante do primado de separação das funções do Estado? Embora a reflexão seja mais ampla, porquanto a discricionariedade alcance um leque mais plural de atos administrativos, a questão aqui invocada fica ainda mais evidente diante da discricionariedade administrativa na escolha pública⁴⁰⁷. Pois, pode o Judiciário substituir a “vontade” do agente público administrativo na definição do gasto público?

A questão posta, advertidos seus limites, consiste em analisar, de forma transparente e sem apegos subjetivos, se ainda é possível falar em uma verdadeira discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito, em que, em linha comum, como dito, confere primazia à decisão judicial na tarefa de criação do Direito. A discussão, que tem contornos de aplicação prática, consistente na elucidação dos limites de atuação jurisdicional, oportuniza, no fundo, relevante debate sobre o papel dos tribunais no Estado Constitucional de Direito, especialmente diante da atividade estatal legislativa⁴⁰⁸.

Responder à questão não constitui tarefa simples, porque seus reflexos podem, inclusive, imprimir nova definição ao princípio de separação dos Poderes. Por isso mesmo, seja qual for o encaminhamento da investigação, impõe-se traçar, nos limites da proposta do presente texto, ligeiras reflexões sobre o denominado ativismo judicial na sindicabilidade do ato administrativo decorrente do exercício do poder discricionário, para, assim, perscrutar limites e parâmetros objetivos para o controle judicial do conteúdo deliberativo da despesa pública.

propósito, sobre essa perspectiva, cfr. MONCADA, Luiz S. Cabral de. **O Estado pós-moderno – Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado e a Sociedade Civil**. Lisboa: Quid Juris, 2018, p. 279; MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição – Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 319.

⁴⁰⁷ A reflexão mostra-se, em especial, caminho adequado para se analisar criticamente os limites da atuação do gestor público na definição de despesas públicas que se distanciam do interesse público ou relegam a caráter secundário. Nesse sentido, calha destacar o registro de MARIA D’OLIVEIRA MARTINS (MARTINS, Maria d’Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17 e 22): “o Estado tem, pois, a atividade financeira que for ditada pela decisão política. O que é igual a dizer que a despesa pública de um Estado é ditada por decisão política. (...) Sem ilusões quanto à racionalidade dos critérios que ditam a existência de despesas públicas, reconhecemos também – sem grandes complexos – que uma grande parte destes gastos acaba por ser influenciada pelos problemas que se manifestam no exercício do poder. Para não dizer que muitas vezes a despesa pública chega mesmo a absorver estes problemas. Ou seja, a despesa pública acaba também por ser determinada por falhas na intervenção do Estado ou falhas do Governo.”

⁴⁰⁸ Compreender a concepção de Constituição, da lei e da sentença e de suas funções no ordenamento jurídico mostra-se ainda mais relevante na reflexão sobre a construção normativa, porquanto, como adverte GUSTAVO ZAGREBELSKY (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 09), “*lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto*”.

Por isso, considerando que esse controle judicial envolverá, não exclusivamente, conflito de princípios formais e materiais, sua solução passará pelas ideias de juízo de ponderação formulada por ROBERT ALEXY, para, assim, estabelecer balizas mais clara e práticas, à decisão judicial.

É, pois, a reflexão sobre a conformação entre democracia, poder e efetivação de direitos que funcionará como vetor de estabilização das relações no Estado constitucional de Direito e que faz despertar a atenção a esse aspecto da investigação.

Com essa perspectiva, busca-se construir uma percepção mais ampla do controle judicial da discricionariedade administrativa, e, assim, encorajar-se a suscitar novas reflexões, em um círculo que projeta o não esgotamento do debate proposto.

1. Discricionariedade administrativa e controle judicial no Estado Constitucional de Direito

Não é nenhuma novidade que o Estado⁴⁰⁹, enquanto estrutura e teia de serviços, desde os primórdios, destina-se, ou deveria destinar-se, a melhor atender aos interesses dos administrados. É igualmente inegável que o Estado, apesar de ostentar interesses próprios de sua organização, intrínsecos ao funcionamento da máquina pública, não pode se portar a ignorar sua essência, voltando-se a perseguir seus próprios anseios, claramente invertendo interesses primários e secundários⁴¹⁰.

Sem buscar refletir sobre a estrutura e classificação dos atos administrativos⁴¹¹, incursão que escaparia aos objetivos deste texto⁴¹², inegavelmente, ainda sob a inspiração marcadamente positivista, há certo consenso que a “vontade” da Administração Pública se

⁴⁰⁹ Não se ignora a advertência feita por MARCELLO CAETANO (CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, p. 24-25) no sentido de que o termo mais adequado seria “Estado-administração”, para diferenciá-lo das demais acepções de Estado, justamente porque melhor caracterizaria “um conjunto de serviços estruturado e obediência a leis promanadas dos órgãos legislativos e que é representado pelo Governo ou poder executivo”. No entanto, a referência, neste texto, ao “Estado” tem por finalidade facilitar a compreensão e associá-lo à ideia de entidade com personalidade jurídica voltada à promoção do bem comum, mediante fornecimento de bens e serviços públicos.

⁴¹⁰ Aqui, são válidos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62-63), que traça a distinção entre interesse público primário (interesse público) e interesse público secundário (interesse da própria Administração).

⁴¹¹ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 193 e ss.

⁴¹² Calha destacar que o propósito deste texto não é enveredar pela reflexão dogmática e analítica da discricionariedade administrativa, mas, como dito, considerar seu enquadramento na dimensão da Teoria Geral do Direito, sem se furtar, aqui, de apresentar os elementos mínimos para a compreensão da exposição.

manifesta por meio de atos administrativos decorrentes da competência vinculada e discricionária⁴¹³.

Os “atos vinculados” são assim denominados porque não há qualquer margem criativa ao agente público, devendo, pois, observar precisamente o que está estabelecido na lei⁴¹⁴. Vale dizer, estando todos os elementos e requisitos do ato administrativos dispostos na lei, escaparia ao administrador qualquer juízo de valor na sua prática, pois a lei estabelece rigidamente os meios adequados e oportunos para o alcance do interesse público⁴¹⁵.

Já os “atos administrativos discricionários” são identificados pela “liberdade de escolha”⁴¹⁶ do agente público (“poder discricionário”), notadamente sobre o momento e forma da atuação administrativa e sobre a escolha da medida mais idônea para atender ao interesse público e finalidade legal⁴¹⁷. Aliás, a técnica da discricionariedade administrativa é essencial para o desenvolvimento das atividades da Administração Pública, justamente porque, como se sabe, a disposição legal é insuficiente para prever a complexidade de situações fático-jurídicas possíveis, o que permite certa flexibilidade ao agente público para melhor alcançar o interesse público.⁴¹⁸

⁴¹³ Pertinente a advertência da doutrina brasileira (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 18), aqui incorporada, no sentido de que, tecnicamente o ato denominado discricionário deve ser compreendido como aquele proferido no âmbito da competência discricionária do agente público.

⁴¹⁴ Para além do vício de legalidade, é possível a sindicabilidade de referidos atos, porquanto, ainda que praticados conforme os limites legais, pode estar a ferir algum princípio ou regra constitucional, o que naturalmente autorizaria o controle judicial (v.g., no caso do direito brasileiro, a declaração incidental de inconstitucionalidade como fundamento da decisão proferida no caso concreto, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal de 1988). Em Portugal, também é possível o controle difuso de constitucionalidade (art. 204º da Constituição da República Portuguesa) com possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional (art. 280º da Constituição da República Portuguesa). Cfr.: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 244; ZAGREBELSKY, Gustavo. Realismo y concreción del control de constitucionalidad – El caso de Italia. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, p. 429-431. No entanto, parece não haver qualquer debate relevante na doutrina acerca dessa questão, razão pela qual se mantém o firme propósito do texto de enfrentar o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

⁴¹⁵ Nesse sentido, cfr.: CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 119. De todo modo, calha destacar que, apesar do reconhecimento de que, em regra, a prática dos atos vinculados se subordina ao modo de atuação e à definição do seu conteúdo estabelecidos em lei, tais atos comportam alguma margem de discricionariedade, justamente quando admitir possibilidades interpretativas, designadamente pela abertura normativa da utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, não obstante a caracterização indicada, é preciso reconhecer que, em termos concretos, o ato administrativo vinculado não se constitui tão rígido quanto o conceito apresentado, mesmo porque “[p]ara a prática de um acto, a lei pode conferir um poder discricionário quanto à forma, ou quanto a certos aspectos do objecto, e poderes vinculados quanto a outros requisitos de validade do acto” (*ibid.*, p. 121).

⁴¹⁶ Cfr.: CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 120-121.

⁴¹⁷ Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

⁴¹⁸ Cfr. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 119 e ss.

Percebe-se, pois, que é da essência do “poder discricionário” a existência de margem valorativa (volitiva ou cognitiva⁴¹⁹) para que o agente público possa completar a norma jurídica administrativa, conscientemente formatada com abertura normativa pelo legislador a permitir a flexibilidade necessária para o desenvolvimento da atividade tipicamente administrativa⁴²⁰.

Esse exercício subjetivo do administrador, compreendido aqui como o poder discricionário, no entanto, não se confunde com sua “vontade arbitrária”, pois deve percorrer *iter* procedimental da decisão discricionária sob os parâmetros das regras e princípios (especialmente aqueles extraídos do texto constitucional) que regem a Administração Pública, e, assim, chegar à escolha pública que melhor consagre o interesse público, razão de ser da estrutura administrativa.

A vinculação do agente público a regras hermeneuticamente diretivas e orientadoras da “melhor escolha possível” (vinculação de juridicidade), como exposto acima, já permitiria a reflexão sobre a própria exatidão do conceito de discricionariedade administrativa (existência e limites)⁴²¹, a revelar que mesmo o conteúdo da tomada de decisão despesista não constitui espaço normativo de plena liberdade política do gestor.

Para além disso, o debate se amplia a partir da análise do controle jurisdicional dos “atos discricionários”. Não se está a tratar aqui dos vícios de legalidade estrita (aspectos formais) desses atos administrativos, sobre os quais há certo consenso da possibilidade de controle judicial. A questão posta relaciona-se com a sindicabilidade do “mérito administrativo” do “ato discricionário”, designadamente em um contexto de crescente judicialização, sobretudo a partir da releitura hermenêutica do ordenamento jurídico advinda

⁴¹⁹ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44 e ss. Em síntese, referida autora, ao descrever a diversidade de teorias sobre o tema, esclarece que a discricionariedade volitiva compreenderia a liberdade (possibilidade) de escolha do administrador (presente na hipótese normativa), ao passo que a discricionariedade cognitiva relacionar-se-ia com a margem de imprecisão legal (conceitos jurídicos indeterminados), presente na estatuição da norma.

⁴²⁰ Para aprofundamento sobre as concepções de discricionariedade administrativa, a partir da referência teórica-normativa, cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 43 e ss.

⁴²¹ A ideia é de que o administrador público, especialmente com base nos princípios constitucionais e em vista do dever de “boa administração”, realize o interesse público gestado na esfera legislativa, escolhendo, dentre tantos, o meio mais adequado (justo e ótimo) para alcançar aquela finalidade [Cfr. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Tese (Doutoramento em Ciências Político-Económicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1955, p. 187-189]. No mesmo sentido, cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 92-93; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 75-76; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6. p. 41-78, 1946. p. 74.

da teoria neoconstitucionalista, que passa, a partir de uma normatividade aberta a regras e princípios constitucionais, a perceber o Direito sempre em permanente construção⁴²².

Vale dizer, a revisão judicial da “decisão administrativa discricionária” estaria coerente com o Estado Constitucional de Direito, sem significar violação ao princípio da separação de Poderes? Quais os limites judiciais de controle do “ato administrativo discricionário”? É possível admitir que decisão judicial venha a substituir o próprio mérito da escolha realizada pelo administrador público? A decisão discricionária despesista se submete, quanto ao seu conteúdo, ao controle externo de juridicidade?

Obviamente, não se está a tratar da conformação da oportunidade e conveniência do ato administrativo discricionário à “vontade” de outro órgão, justamente porque significaria o esvaziamento do âmbito de potestade da Administração. A questão posta é outra e se centra mais especificamente na análise da possibilidade de confrontação da decisão administrativa despesista com a normatividade jurídica ampla.

Como se percebe, as questões não são simples e demandariam exaustiva atividade de investigação para cada instituto jurídico mencionado, o que não se mostra possível nos limites estreitos do presente trabalho. Entretanto, o recorte de análise permite traçar o norte adequado para o enfrentamento do problema exposto.

Decerto, as ideias neoconstitucionais, ainda que carentes de univocidade, surgem em um contexto histórico-filosófico⁴²³ de reação ao aviltamento de direitos (marcado pelo período da Segunda Guerra Mundial) e de decadência do império legal (positivismo jurídico). Portanto, a ideia de ordenamento jurídico infenso a conceitos éticos e morais e prescriptor de um simples formalismo jurídico passou a ser negada, abrindo espaço para o aparecimento de nova concepção do Direito, com enfoque no ser humano e seus valores e na consolidação dos direitos fundamentais.

Esse período, denominado de pós-positivismo, emerge, pois, na perspectiva de ruptura, não se mostrando suficiente a simples retomada do jusnaturalismo, com seus valores metafísicos, puramente subjetivos, e com sua formação não voluntarista. Era preciso retomar

⁴²² Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição – Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 351.

⁴²³ Importante registrar que as principais teorias hermenêuticas aqui mencionadas (jusnaturalismo, juspositivismo e neoconstitucionalismo) não se sucederam de forma histórica e cronologicamente linear, porquanto, em épocas diferentes, podem ser encontrados teóricos de um ou outro pensamento. Exemplo dessa afirmação destaca-se a observação do professor CARLOS BLANCO DE MORAIS (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição – Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 304) de que OTTO BACHOF foi um dos maiores expoentes do pensamento jusnaturalista mesmo no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

a reaproximação entre Direito e Moral sob uma nova perspectiva; uma “terceira via” para além das correntes de pensamento jusnaturalistas e juspositivistas⁴²⁴.

Desponta, pois, o neoconstitucionalismo⁴²⁵, cuja imprecisão terminológica acabou por agasalhar teóricos jurídicos com diversidade de pensamento, havendo certa perplexidade na mesma categorização de suas ideias⁴²⁶. No entanto, essa complexidade taxonômica não impede as reflexões aqui traçadas, porquanto serão tratados aspectos centrais do neoconstitucionalismo.

Em linhas gerais, o desenvolvimento do pensamento neoconstitucionalista pauta-se na efetivação dos direitos fundamentais, sobremaneira daqueles reconhecidos no texto constitucional, a partir da efetividade normativa de regras e princípios, gozando estes de maior força em razão sua maior abertura aos valores interpretativos (a normatividade principiológica constitucional mais aberta permite a versatilidade hermenêutica necessária ao enfrentamento dos casos jurídicos). Para tutelar essa equação (direitos - normatividade constitucional), reconhece especial valor à decisão judicial, que passa a ocupar a função de concretizar a abstração normativa aos fatos sociais⁴²⁷.

⁴²⁴ Como destaca o professor GUSTAVO ZAGREBELSKY (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 116), o constitucionalismo contemporâneo não é compatível com as temáticas juspositivistas e jusnaturalistas, justamente por combinar elementos de ambas: “*Así pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de derecho positivo. Sin embargo, dado que el derecho constitucional se presenta no como voluntad de una parte que se impone sobre la otra, sino como expresión de un equilibrio objetivo, en el sentido arriba indicado, la relación entre ley (incluida la ley constitucional) y Constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural. El estilo, el modo de argumentar ‘en derecho constitucional’ se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar ‘en derecho natural’, como se sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los Tribunales constitucionales. (...) En los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas*”.

⁴²⁵ Calha destacar a advertência crítica do professor LUÍS ROBERTO BARROSO sobre a imprecisão conceitual dos termos empregados, ressaltando que parece decorrer da própria exigência de imediatidade de resposta à crise do Direito, que não tem conseguido entregar os dois produtos que justificaram sua existência ao longo dos séculos - justiça e segurança jurídica (Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 nov. 2018. p. 02. No mesmo sentido, cfr: SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, Madrid: Trotta, 2003, p. 123.

⁴²⁶ No entanto, LUÍS PIETRO SANCHÍS (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, Madrid: Trotta, 2003, p. 131-132), traça seus elementos centrais: “*(...) el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas*”.

⁴²⁷ Cfr. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

Reconhece-se, assim, íntima ligação entre Direito e Política, com influências recíprocas, sendo a Constituição o documento jurídico-político que permite esse encontro, o que, em certa medida, passa a justificar o maior protagonismo judicial⁴²⁸ e o reconhecimento de sua legitimidade democrática.

Além disso, parece haver harmonia de entendimento acerca da inexistência de separação entre Direito e Moral, sendo impossível a aplicação das normas jurídicas sem a consideração, no caso concreto, dos conceitos morais do intérprete, como pretensão de justiça material. Reflexo dessa concepção, como dito, é o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos, e, por assim dizer, na própria construção do Direito.

Partindo-se para as formulações teóricas neoconstitucionalistas, destaca-se a posição do jurista GUSTAVO ZAGREBELSKY, que compreende a passagem do Estado de Direito⁴²⁹, então concebido como garante das liberdades individuais face o arbítrio da Administração, para, a partir da superlativização do texto constitucional, sustentar a formação do Estado Constitucional de Direito, compreendida como profunda transformação da própria concepção do Direito⁴³⁰. Nessa perspectiva, formula a teoria de um direito maleável, determinável, moldado a partir do esforço interpretativo na aplicação de sua base material pluralista⁴³¹. Sustenta, assim, que incumbe ao Poder Judiciário, com enfoque no ideal de justiça, estabelecer e criar as normas jurídicas⁴³².

ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 Nov. 2018, p. 09; SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, Madrid: Trotta, 2003, p. 126-127.

⁴²⁸ Como bem pontua LUIS ROBERTO BARROSO [BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 nov. 2018. p. 36], no Brasil, esse protagonismo se mostra ainda mais evidente, notadamente porque há ampla atuação jurisdicional (do juiz de 1º grau ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição); além disso, seja pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, seja pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, inegavelmente, com a Constituição de 1988, houve intenso movimento de ampliação do acesso à Justiça.

⁴²⁹ Fundava-se a proeminência da formulação legal como instrumento de garantia de direitos em face do arbítrio estatal. Neste sentido, cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 23-24.

⁴³⁰ Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 34.

⁴³¹ Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 12-18. Válido, ainda, registrar que citado autor reconhece que a justiça somente pode ser apreendida a partir da experiência, especialmente em situação de não-presença (injustiça), percebendo-a, mais do que uma “ideia”, como “sentimento” (Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006, p. 26). Dessa forma, acaba por refutar a redução da justiça a mera conformidade com a lei (ibid, p. 28-31).

⁴³² Apesar de GUSTAVO ZAGREBELSKY (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 153) rechaçar a ideia de que os juízes podem se considerar senhores do direito, da mesma forma que se rejeitou essa ideia em relação ao legislador do passado, também reconhece que eles “*son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en*

Há aqui uma aproximação da proposta teórica neoconstitucionalista com o problema inicialmente destacado: admitindo-se, a partir da perspectiva neoconstitucionalista, que a leitura do ordenamento jurídico consagra a relevância da decisão judicial na criação do direito e sua hegemonia na concretização dos direitos constitucionais, é possível admitir a sindicabilidade judicial de todos os atos administrativos, inclusive daqueles que se inserem no âmbito da competência discricionária do administrador? Com o devido refinamento desse questionamento: a despesa pública, aqui entendida como ato administrativo concreto, submete-se ao controle jurisdicional acerca da substância material da escolha realizada?

Essa reflexão, que comporta certo ceticismo, sobretudo em razão do receio em se reconhecer prestígio exacerbado ao Poder Judiciário, já pode ser notada em alguns precedentes judiciais pluridirecionais, com maior destaque em certos Estados nacionais, como no sistema jurídico brasileiro, em que a ofensa a direitos significa uma atuação judicial cada vez mais intensa⁴³³.

A vocação constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário está intimamente ligada ao enfraquecimento dos demais Poderes, notadamente quando se mostram omissos na concretização dos direitos, seja pelos fatores ocultos que movem seus interesses, seja pelo distanciamento de temas visivelmente contramajoritários.

É a perspectiva de LUIS ROBERTO BARROSO⁴³⁴, que ressaltou o avanço da possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, superando a visão

Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y ductil coexistencia entre ley, derechos y justicia” (ibid, p. 153). Nesse sentido, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição – Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 347.

⁴³³ Apenas para ilustrar, colacionam-se trechos de acórdãos de um mesmo Tribunal, sobre idêntica matéria (judicialização de política pública ambiental), em um mesmo momento histórico, resultando em posições absolutamente distintas: “[a] determinação judicial imposta ao município/demandado não viola o princípio da Supremacia do Interesse Público, haja vista que ela se destina, justamente, à defesa e à proteção do meio ambiente, direito difuso e indisponível garantido em sede constitucional, sendo dever do gestor público promover a sua efetivação, independentemente de sua discricionariedade.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). **Apelação Cível n.º 00000251220134058203**. Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães. Julgamento em 09 mai (unânime). 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 06 jan. 2019; “[n]a espécie, compelir judicialmente município de pequeno porte para que proceda à construção de um empreendimento de elevado custo, num prazo exíguo de quatro meses para apresentação de um projeto, mais cinco para a sua execução, significaria modificar a função típica para a qual foi criado o Poder Judiciário. Isso porque ele acabaria por assumir uma autêntica postura de administrador ao eleger prioridades, imiscuindo-se indevidamente nas escolhas (conveniência e oportunidade) daquele que foi eleito pelo povo para fazê-las em seu nome, principalmente num momento de atual crise financeira. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). **Apelação Cível n.º 08004886120124058200**. Relator: Desembargador Federal Leonardo Coutinho. Julgamento em 20 out. 2017 (por maioria, em composição ampliada). Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

⁴³⁴ Cf.: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 Nov. 2018. p. 32

tradicional, marcadamente positivista, que propunha a limitação da cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade formal do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto).

No entanto, com o constitucionalismo contemporâneo, a força do texto constitucional irradia seus efeitos para toda a atividade hermenêutica, passando a permitir o controle da essência da discricionariedade administrativa.

Ora, o agir administrativo deve se voltar sempre à satisfação do interesse público, assim compreendido como o respeito à erupção constitucional dos princípios tendentes à efetivação de direitos fundamentais. Essa atuação, especialmente na definição e promoção de políticas públicas, ainda que possa significar manifestação política, não fica imune à interpretação jurídica⁴³⁵, notadamente das diretrizes estabelecidas pelos princípios constitucionais⁴³⁶. Note-se, por exemplo, que a Constituição brasileira (artigo 37º) estabelece que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos entes da federação brasileira obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No mesmo sentido, a Constituição da República Portuguesa (artigo 266º) estabelece, como princípios fundamentais da Administração Pública, o respeito à igualdade, à proporcionalidade, à justiça, à imparcialidade e à boa-fé.

Por isso mesmo, apoiados nessa juridicidade administrativa, alguns autores sustentam a necessidade de redefinição da concepção de discricionariedade administrativa, superando a antiga dicotomia entre “atos vinculados” e “atos discricionários”, para considerar atos administrativos sujeitos a diferentes graus de juridicidade⁴³⁷. Desse modo, como sustenta GUSTAVO BINENBOJM⁴³⁸, seria mais adequado, no Estado Constitucional de Direito, falar-se em “escala decrescente de densidade normativa vinculativa”: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

⁴³⁵ A discricionariedade administrativa pressupõe, como etapa construtiva antecedente, interpretação jurídica, sendo a “escolha pública” apenas o resultado da atividade hermenêutica. Nesse sentido, cfr. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6. p. 41-78, 1946. p. 67-68.

⁴³⁶ Sobre o tema, válidas as considerações de ANA PAULA DE BARCELOS (BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 21 Nov. 2018. p. 92 e 98), tratando especificamente sobre a efetivação de políticas públicas.

⁴³⁷ Cfr. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208.

⁴³⁸ Cfr. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209-210.

O problema parece residir justamente neste ponto: admitindo a normatividade aberta da Constituição, especialmente pela abertura e vagueza dos princípios constitucionais que norteiam o agir administrativo, como conferir correção ao funcionamento da Administração Pública sem significar violação à separação de poderes ou malferimento da estabilidade das relações jurídicas? É o cenário tormentoso que se depreende da maximização dos princípios constitucionais (positivados ou não), designadamente a partir da análise dos traços neoconstitucionalistas, que parece apoiar, com maior ou menor proporção, a ideia de ampla possibilidade de revisão judicial do ato administrativo, inclusive, para alcançar seu mérito, entendido como “critério de escolha realizada pelo administrador”.

Admitir que, através de processo jurisdicional, seja possível simplesmente substituir a “discricionariedade do administrador público” pela “discricionariedade jurisdicional” resultaria no reconhecimento de situação de arbitrariedade ou “império de juízes”, como proposto por alguns autores? O caminho até a resposta – que dificilmente será alcançada nessas reduzidas linhas – faz parada na reflexão sobre o papel dos juízes no Estado constitucional e de sua postura diante das balizas normativas, cuja leitura crítica passou a tratar negativamente como “ativismo judicial”, a revelar a necessidade de compreensão de seus limites e do real papel dos Tribunais em um Estado Democrático de Direito.

2. Judicialização, autocontenção e ativismo judicial: o papel dos tribunais e a nova conformação da discricionariedade administrativa

Há tempos, a atividade interpretativa do juiz distanciou-se de mero instrumento da lei (“*la bouche de la loi*”⁴³⁹) para se transformar, como já exposto, a partir da concepção pós-positivista, com imbricação entre direito e moral, no principal agente transformador da estrutura normativa.

A atividade judicial, portanto, a partir da interpretação, estabelece-se como intermédio entre a lei e os direitos subjacentes, entre Estado e sociedade. Desponta, pois, sua atuação subsidiária, porquanto a aplicação legal resulta singularmente na vida das pessoas, a partir da sua interpretação pública ou privada, como norma comportamental prescrita.

⁴³⁹ Calha registrar, todavia, que repousa na doutrina entendimento que, compreendendo o poder jurisdicional como tradução, percebe a expressão de forma mais criativa do que descritiva (Cfr.: CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1996, p. 116-117). No presente texto, a menção à expressão alude a visão mais comum, que coincide com aquela já exposta, a atribuir ao juiz a condição de mero reproduzidor automatizado da disposição legal.

Quando há ruídos nessa interpretação ou comportamento deliberadamente contrário aos limites dos preceitos legais, o comportamento do indivíduo (ou mesmo do Estado) acaba por gerar uma situação de conflito, que pode ser submetida à esfera de decisão judicial. Apresenta-se, assim, a judicialização, em que o Poder Judiciário, a partir de autorização e imposição constitucional, é chamado a dirimir o litígio. Consoante observa LUÍS ROBERTO BARROSO, embora referindo-se ao contexto brasileiro, nessas circunstâncias o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa, por ser esta sua missão constitucional, devendo o juiz conhecer o conflito e decidir a matéria⁴⁴⁰.

Essa função ideal do juiz e irrenunciável do Poder Judiciário, que, registre-se, tanto pode servir a tutelar direitos como legitimar práticas arbitrárias, acaba se abrindo a duas perspectivas, não propriamente antagônicas⁴⁴¹, mas, reconhecidamente distantes: autocontenção e ativismo judicial.

Na atuação judicial autocontida, são criados mecanismos de reflexividade, pelos quais o Poder Judiciário acaba por mitigar sua atuação à resolução dos conflitos, adotando como parâmetro o texto legal formalmente estabelecido pelo Estado.

Destacam-se características centrais dessa forma de atuar judicial⁴⁴²: prestígio da aplicação da lei, evitando a aplicação direta da Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário demais; não interferência na definição das políticas públicas.

Em outra perspectiva, manifesta-se a judicialização como ativismo judicial, assim considerada, com neutralidade adjetivadora, como atuação do juiz voltada à consolidação dos direitos e garantias fundamentais assegurados por princípios e regras constitucionais. É a atuação pautada na Constituição que se propõe a, preenchendo os espaços deixados pelos demais poderes, ir além do texto legal para garantir a tutela judicial efetiva. Essa é a visão

⁴⁴⁰ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 25.

⁴⁴¹ LUÍS ROBERTO BARROSO (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 26) entende que “o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”. Aqui, não se comunga rigorosamente com essa afirmação, por entender que o ativismo judicial, ainda que em menor intensidade, também se preocupa com essa abstenção de interferência política. A questão distintiva, portanto, mais se aproxima da intensidade de interferência e de realização normativa do que propriamente de sua ausência.

⁴⁴² Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 26.

teórica e ideal de ativismo judicial, sem qualquer apego a ranços emotivos ou distorcidos, que vêm deturpando essa denominação.

No entanto, é possível que, na prática, esse modelo ideal seja desfigurado: de ativismo judicial se transmude em “hiperativismo judicial⁴⁴³”, que projeta a atuação do juiz para além das fronteiras definidoras da separação dos poderes.

Vale dizer: com isso, a decisão judicial pode findar por alcançar o conteúdo e os efeitos do ato administrativo, mesmo daqueles proferidos no âmbito da competência discricionária. Essa percepção parece estar acorde com o pensamento neoconstitucionalista. Todavia, isso não é suficiente, pois necessariamente deve se acomodar no respeito à atuação dos demais poderes, que não é, em princípio, negada, mas apenas reconhecida como “frágil” e “omissa”.

A questão, portanto, nesse raciocínio, não mais está em evidenciar a possibilidade de sindicabilidade do ato administrativo proferido com base no poder discricionário, porque, como se viu, a discricionariedade tenderá a não existir à medida que se reconheça maior legitimidade à decisão judicial para o controle de juridicidade.

Não raro, a doutrina acaba por se opor ao denominado ativismo judicial por entender que careceria de legitimidade democrática para censurar atos legislativos e administrativos, que gozam de inescondível apelo democrático, na medida em que seus membros são escolhidos, direta ou indiretamente, pela soberana vontade popular. Portanto, não seria dado ao Poder Judiciário, composto por membros de vinculação técnica, substituir a escolha democrática.

Não se trata disso. Negar a legitimação democrática do Poder Judiciário significa negar validade ao próprio texto constitucional e, por assim dizer, romper com a ideia de

⁴⁴³ Expressão cunhada por PAULO FERREIRA DA CUNHA (CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. In JOÃO ANTUNES, Maria et al (orgs.), **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1132) para criticar a intensidade negativa de atuação judicial, referindo-se, assim, a “*juízes que atuam de forma muito autônoma e criativa, com um ativismo exagerado, que colide com outros poderes para além do constitucional e do razoável*”. A propósito, a fim de ilustrar a crítica exposta, o mencionado autor destaca a incompreensão para notícia, que acabou por circular na Europa, de decisão de juiz brasileiro que determinou, em nome do direito constitucional à saúde, a abertura de vaga em unidade hospitalar, configurando, no seu entender, invasão indevida na atividade administrativa (*ibid*, p. 1132). De fato, ainda hoje, evidencia-se, com larga aceitação nos tribunais brasileiros, a atuação judicial na efetivação de direitos mediante intervenção de políticas públicas (direito individual ou coletivo). Destaca-se trecho de acórdão nesse sentido: “(...) a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (...)” [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n.º 1650341**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 14 mar. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2019].

Estado Democrático de Direito. LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁴⁴ invoca dois fundamentos constitucionais (de natureza normativa e filosófica) para rechaçar a crítica: o primeiro compreende a própria autorização conferida pela Constituição - portanto, decorrente do Poder Constituinte e, assim, do próprio povo - ao Judiciário para, atribuindo sentido ao texto constitucional, exercer o controle dos atos administrativos e legislativos, como elemento integrante do processo de criação do Direito; ademais, sustenta que o Poder Judiciário apresenta atuação marcadamente contramajoritária, devendo assegurar a normatividade constitucional mesmo em divergência da maioria que tem maior representatividade⁴⁴⁵.

Assim, reconhecida a possibilidade de controle de juridicidade da interpretação conduzida na esfera administrativa, e, por consequência, da própria decisão despesista, perspectivam-se aqui os limites de sua atuação. Já se disse, que, entre os extremos (insindicabilidade do ato administrativo e aniquilação da autonomia administrativa), a solução se encontra no meio, no equilíbrio.

Ora, LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁴⁶, grande entusiasta do denominado ativismo judicial, já realçou a preocupação que deve estar sempre presente nessa perspectiva de exercício da atividade judicial, notadamente com os riscos dos limites da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos do Judiciário⁴⁴⁷. Deve, pois, o juiz, reconhecendo esses riscos, abster-se, motivadamente, de intervir na esfera de deliberação administrativa. Essa dimensão impõe o reconhecimento dos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, porque o enfrentamento judicial de pontos técnicos, específicos, dotados de complexidade pode não encontrar solução melhor do que aquela levada a cabo na esfera administrativa, o que orienta a conferir discricionariedade à decisão administrativa⁴⁴⁸. Ademais, a atuação ilimitada do controle da Administração pública sempre carrega o risco dos efeitos sistêmicos da decisão, que pode acabar por desprezar os reflexos sobre o

⁴⁴⁴ Cfr. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 28. Embora se refira ao ordenamento jurídico brasileiro, a ideia pode ser estendida às constituições modernas.

⁴⁴⁵ Cfr.: DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, p. 118.

⁴⁴⁶ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁴⁴⁷ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 27-28.

⁴⁴⁸ Cfr. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 Nov. 2018, p. 30.

planejamento de serviços públicos e respectivos recursos, porquanto a formação do litígio processual reclama do juiz a solução apenas do caso concreto (a microjustiça). Vale dizer, é possível que não disponha ou ignore, no entanto, das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público, o que acaba por resultar, no contexto aqui tratado, no completo desarranjo administrativo, cuja organização e orçamento passam a ser, pontual e assistematicamente, impactados pela decisão judicial⁴⁴⁹.

Pois, forçoso reconhecer que a decisão judicial não é a única via destinada à efetivação de direitos e à prossecução do interesse público, em obediência a princípios e regras constitucionais, incumbindo também à Administração Pública, por definição constitucional, a legitimidade democrática para decidir e perseguir o interesse público – exercício de juridicidade.

Caminha-se, assim, reconhecida a perspectiva neoconstitucional de sobrevalor (explícito ou implícito) atribuído aos Tribunais, para perscrutar solução intermédia entre ativismo judicial e autocontenção puros⁴⁵⁰. Emerge, pois, dessa reflexão, a necessidade de estabelecimento de parâmetros para disciplinamento do controle judicial da discricionariedade administrativa despesista, como manifestação da autocontenção funcional constitucional.⁴⁵¹

A discricionariedade administrativa, pois, não se apresenta mais, como descrito outrora, como espaço de liberdade ao administrador público: a importância normativa dessa atividade, que recebe influxos da juridicidade ampla, acaba por submetê-la ao controle judicial, observados alguns parâmetros mínimos de objetividade à atuação judicial, justamente

⁴⁴⁹ Cfr.: BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In **Revista synthesis**, V. 5, n. 1, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 27 Nov. 2018. p. 30.

⁴⁵⁰ No mesmo sentido, mesmo tecendo duras críticas à perspectiva de hegemonia da decisão judicial, o professor PAULO FERREIRA DA CUNHA (CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. In JOÃO ANTUNES, Maria et al (orgs.). **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1136) admite a existência de algum ativismo judicial, exercido “com autocontenção, ou de uma autocontenção que não recusasse a eventual necessidade pontual de algum ativismo judicial”, para, então, estabelecer a ideia de um “Neoconstitucionalismo moderado” (*ibid.*, p. 1137). Essa ideia, que será retomada adiante, é importante para se concluir que, mesmo no neoconstitucionalismo, a efetivação judicial de direitos não prescinde do respeito à separação de poderes.

⁴⁵¹ É a posição adotada como manifestação do respeito à legitimação democrática da diversidade de fontes do direito. Ademais, essa é a condição estabelecida por DANIEL SARMENTO (Cfr.: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009), aqui também adotada, para admitir a contribuição do neoconstitucionalismo para a construção equilibrada de uma Teoria de Direito. Não se nega aqui a importância do neoconstitucionalismo e refuta-se a aplicação do direito exclusivamente à mera subsunção. No entanto, daí a admitir que a visão do Direito deva ser reduzida ao constitucionalismo principiológico, iluminado no palco judicial e com desprezo às demais funções estatais, há uma grande distância. Deve existir espaço mais adequado a confortar a sistematização do Direito.

para evitar que haja retrocesso jurídico com sobreposição política pelo Poder Judiciário⁴⁵². A questão consiste em analisar em que condições deve ocorrer a interferência judicial na órbita administrativa, equilibrando todos os princípios, poderes e direitos aplicáveis e minimizando os riscos já expostos. Parece inegável que qualquer solução deve trilhar pela ponderação de valores na busca pela concretização do interesse público, na medida do possível.

Nessa perspectiva, de lucubrar por parâmetros de atuação judicial controladora da atuação administrativa na sua margem de conformação, GUSTAVO BINENBOJM sugere que “ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos”⁴⁵³, esse tipo de controle deve observar “critérios de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário”⁴⁵⁴, para, assim, definir o grau de intensidade de atuação judicial. Propõe, pois, que o controle judicial dos atos administrativos deve se submeter aos seguintes parâmetros: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) grau de politicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)⁴⁵⁵.

Partindo dessa ideia e buscando objetivar ainda mais a atuação judicial, parece estar presente nas ideias de ROBERT ALEXY, ao discorrer sobre a análise dos princípios formais para conformação da discricionariedade legislativa, o melhor caminho para a reflexão aqui proposta. Como se nota, a análise de ROBERT ALEXY⁴⁵⁶ se voltou para a

⁴⁵² Nesse sentido, cfr.: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. ISSN 1981-1888. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>>. Acesso em: 05 jan. 2019, p. 18.

⁴⁵³ Cfr.: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. ISSN 1981-1888. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>>. Acesso em: 05 jan. 2019, p. 40.

⁴⁵⁴ Cfr.: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. ISSN 1981-1888. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>>. Acesso em: 05 jan. 2019, p. 40.

⁴⁵⁵ Cfr.: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. ISSN 1981-1888. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>>. Acesso em: 05 jan. 2019, p. 41.

⁴⁵⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. O artigo foi fruto de sua exposição que ocorreu em 2014 no Brasil, oportunidade em que ROBERT

discricionariedade epistêmica do legislador, notadamente, como será explicado adiante, na consideração da (in)certeza empírica para aferição da liberdade normativa do legislador, assim compreendida como a margem de atuação com interferência nos direitos fundamentais.

Não há óbice, pois, para que as razões de sua formulação também sejam aplicadas ao controle da discricionariedade administrativa, notadamente porque, i) no fundo, a reflexão aqui exposta compreende o aprofundamento sobre a relação entre direitos fundamentais e jurisdição, por um lado, e direitos fundamentais e democracia, por outro⁴⁵⁷, relação também evidente na presente análise, deslocando-se apenas o *locus* de interferência estatal (da esfera legislativa à administrativa); ii) a atuação do administrador público, enquanto autoridade democraticamente legitimada, deve se pautar não apenas na lei, mas, também, em regras e princípios constitucionais da Administração Pública (busca pelo melhor caminho para realizar o interesse público a exigir interpretação normativa), denotando a juridicidade necessária a invocar a aplicação dos princípios formais de legitimação democrática e de separação de poderes.

Sem pretender revisitar toda a teoria dos princípios de ROBERT ALEXY, importa relembrar que, segundo suas lições, a solução judicial é encontrada a partir da ponderação dos princípios em colisão, designadamente através da fórmula de peso, em que a tendência de diminuição de aplicação de um princípio significa maior relevo na efetivação do outro⁴⁵⁸.

ALEXY revisitou sua famosa fórmula de ponderação, para nela detalhar as premissas justificadoras da interferência, compreendida como “equação da certeza” ($R_i = R_i^e \cdot R_i^n$), que abrange as premissas empíricas e normativas. Essa compreensão, como se verá, mostra-se determinante à compreensão da discricionariedade epistêmica empírica.

⁴⁵⁷ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3-4.

⁴⁵⁸ Cfr.: ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. P. 7. Trata-se da “lei de ponderação”, que, matematicamente e nas palavras de ROBERT ALEXY (fazendo referência às letras indicativas da expressão no idioma inglês), pode assim ser explicada: $W_{ij} = I_i \cdot W_i \cdot R_i / I_j \cdot W_j \cdot R_j$, onde W_{ij} significa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j ; I_i e I_j significam a intensidade de interferência nos princípios respectivos (não interferência no princípio em colisão); W_i e W_j significam os pesos abstratos dos princípios colidentes. Já R_i e R_j dizem respeito à certeza das suposições empíricas e normativas dos Princípios P_i e P_j , devendo englobar tanto as premissas empíricas quanto normativas ($R_i = R_i^e \cdot R_i^n$). Desse modo, a fórmula completa, denominada “fórmula de peso refinada”, remontada a partir do artigo publicado em 2014, seria assim apresentada: $W_{ij} = I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n / I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n$. Para a intensidade de interferência e para os pesos abstratos, deve ser considerada a escala triádica não-contínua, em que se atribui valores “leve” - 2^0 (=1) “médio” - 2^1 (=2) e “grave” - 2^2 (=4). Quando ao vetor epistêmico, consideram-se os estágios “confiável” ou “certo” (r) - 2^0 (=1), “plausível” (p) - 2^{-1} (=1/2) e “não evidentemente falso” (e) - 2^{-2} (=1/4) (*ibid.*, p. 07-12). Adotando-se a escala geométrica aos princípios na ponderação dos princípios, ALEXY objetiva representar a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, potencializando, pois, a violação que mais se aproxima do núcleo essencial de direitos fundamentais. Essa descrição pormenorizada de sua fórmula, que será retomada mais adiante, serve, desde já, para projetar a importância fundamental do grau de certeza das suposições empíricas e das suposições normativas para a compreensão da discricionariedade, especialmente em razão da “lei da ponderação epistêmica”, segundo a qual “quanto mais

Com maior frequência, as colisões envolvem princípios materiais, assim entendidos como mandamentos de otimização de conteúdo, que buscam tutelar bem da vida a integrar patrimônio subjetivo do indivíduo (saúde, educação, vida etc). Distinguem-se, pois, dos princípios formais, que “exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada”⁴⁵⁹. Vale dizer, são princípios que asseguram a autoridade democraticamente legitimada para tomar, na medida do possível, as decisões importantes para a sociedade⁴⁶⁰.

Observa-se, assim, que as colisões de princípios não se evidenciam apenas entre princípios materiais, podendo ser percebidas também entre princípios materiais e formais (“puro modelo material-formal”) ou em combinação mista de princípios materiais e formais (“modelo material-formal misto” ou “modelo de combinação”)⁴⁶¹. Em todos esses conflitos, estará presente a aplicação das leis de ponderação para sua resolução, não sendo correto concluir que o princípio formal, por sua simples invocação, possa preceder ao princípio material em colisão. Vale dizer, em juízo de ponderação, não goza, *a priori*, de maior intensidade e/ou peso que o princípio material⁴⁶². Do mesmo modo, como se verá adiante, sendo esse o corte metodológico da presente reflexão, também não se admite precedência absoluta dos princípios materiais em confronto com princípio formal⁴⁶³.

pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.” (*ibid.*, p. 9).

⁴⁵⁹ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 13.

⁴⁶⁰ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. P. 16. Em outras palavras, “os princípios formais não se referem a um valor específico, mas a uma decisão: exigem que seja respeitada, na maior medida possível, a decisão adotada, seja ela qual for.” (Cfr. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. ISSN 2359-5639. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56183>>. Acesso em: 04 jan. 2019, p. 152).

⁴⁶¹ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 18. A propósito, o autor ilustra o conflito entre princípio material e formal no enfrentamento pelos Tribunais da Alemanha, no período pós-guerra, do problema da injustiça legal, notadamente na reflexão da fórmula de Radbruch (“a injustiça extrema não é direito”). Evidenciava-se, assim, o conflito entre o princípio material da justiça e o formal da segurança jurídica (*ibid.*, p. 15-17).

⁴⁶² Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 20: “uma interferência em um direito constitucional, uma interferência que não é justificada por qualquer razão material, não é apenas desproporcional, mas também arbitrária. Admitir uma competência do legislador democraticamente legitimado de interferir em um direito fundamental simplesmente porque ele é democraticamente legitimado destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar”.

⁴⁶³ Ainda se valendo da mencionada fórmula de Radbruch (“a justiça extrema não é direito”) e reconhecendo a presença de conflito puro de princípios material (justiça) e formal (segurança jurídica), ROBERT ALEXY (ALEXY, Robert. Princípios formais. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 17)

Pois, a compreensão da possibilidade de conflito de princípios formais, em combinação ou não, com outros princípios, tem absoluta relevância para a análise dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: evidenciado, como resultado da ponderação, que o peso em concreto do princípio que confere primazia à legítima decisão administrativa tem maior dimensão do que o princípio material em colisão ou que os pesos se anulam reciprocamente, estará presente hipótese discricionariedade administrativa, não sendo possível controle jurisdicional sobre a escolha administrativa. Aqui, já se pode considerar primeiro parâmetro de cognoscibilidade judicial sobre a discricionariedade administrativa da despesa pública: a intervenção judicial somente se mostra possível quando a importância de cumprimento de um princípio seja tão elevada a ponto de suplantar o peso do cumprimento do princípio formal que assegura legitimidade democrática ao agir administrativo. Longe disso, a despesa pública somente poderia ser sindicada quanto aos aspectos formais de legalidade, concernente ao pleno atendimento dos requisitos para sua execução.

Nessa perspectiva, importa destacar a relevância das premissas epistêmicas, na formulação da teoria dos princípios de ROBERT ALEXY, para a análise da discricionariedade, notadamente naquelas situações em “que o conhecimento sobre aquilo que é definitivamente proibido, comandado ou deixado livre pelas normas constitucionais é incerto”⁴⁶⁴ (discricionariedade epistêmica).

Nessa situação, a ponderação deve considerar a análise das premissas epistêmicas (fórmula de segunda ordem), em que se verifica o grau de confiabilidade de uma suposição empírica (*R*), atribuindo-lhe os valores confiável (*c*), plausível (*p*) e não evidentemente falso (*e*). Segundo ROBERT ALEXY⁴⁶⁵, somente se a suposição empírica for considerada certa haverá precedência sobre o princípio formal em colisão. Nas demais situações, em que o valor epistêmico for incerto (apenas plausível ou não evidentemente falso), o princípio formal tem precedência na ponderação de segunda ordem.

argumenta: “se toda e qualquer injustiça conduzisse à invalidade jurídica, a função de um sistema jurídico de coordenar os comportamentos e garantir os comportamentos e garantir as vantagens da coordenação e da cooperação social seria colocada em risco”, para, então, concluir que “ponderar princípios formais e materiais não só é possível, como, de fato, é necessário no direito” (*ibid.*, p. 18).

⁴⁶⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Princípios formais*. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 22. Embora a discricionariedade epistêmica possa ter origem na incerteza fática (empírica) ou normativa, sendo esta última compreendida como incerteza acerca da delimitação constitucional da discricionariedade, verifica-se no critério da incerteza fática parâmetro adequado para a verificação da atuação jurisdicional, porquanto, estando atrelada à questão probatória, haveria possibilidade de maior racionalidade e controle da própria decisão judicial.

⁴⁶⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Princípios formais*. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 28.

O exemplo trazido por ALEXY⁴⁶⁶, para demonstrar a relação entre premissas epistêmicas e discricionariedade, é bastante elucidativo. Refere-se ao julgamento do Tribunal Constitucional alemão que concluiu pela discricionariedade da atuação legislativa pela proibição de utilização de produtos da cannabis, diante da suposição dos riscos causados à saúde e à vida do indivíduo. Em sentido contrário, alegou-se que o risco elevado assumido pelo legislador não existe, e que, ainda que estivesse presente, seria mínimo, não sendo adequada a medida adotada pelo legislador. Em análise, o conflito dos princípios liberdade e da vida, este em combinação com o princípio que confere primazia à legitimidade democrática legislativa. A corte constitucional concluiu, mesmo diante da incerteza da premissa empírica do legislador, dada a impossibilidade científica de aferir a correção de uma ou outra argumentação, pela validade da atuação legislativa, reconhecendo a discricionariedade em seu favor⁴⁶⁷.

Portanto, partindo-se da construção proposta por ROBERT ALEXY, reflete-se sobre sua aplicação no controle judicial da discricionariedade administrativa no âmbito jurídico-despesista: os atores são semelhantes, pois gozam de reconhecida envergadura constitucional e poder-dever de criação normativa. O ato questionado envolve escolha política; considerando a constitucionalização da Administração Pública e sua finalidade voltada ao interesse público, todo agir administrativo está permeado por uma série de princípios constitucionais. Portanto, não há óbice a que se aplique o juízo de ponderação na hipótese de controle judicial da margem de atuação na definição da escolha pública.

⁴⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 23-24. Concluiu-se, assim, segundo Alexy, por um peso concreto 1, equivalente a um empate, afastando a ofensa ao direito fundamental e reconhecendo a discricionariedade ao legislador (ibid., p. 32).

⁴⁶⁷ No Brasil, a incerteza empírica já foi invocada, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, para reconhecer a discricionariedade epistêmica ao legislador. Na oportunidade, discutia-se se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei n.º 9.055/1995 (produzida em atenção aos princípios da livre iniciativa), seria compatível com o direito à saúde (art. 6º e 196º Constituição), dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho e à proteção do meio ambiente – (art. 225º da Constituição). A maioria se formou pela declaração de inconstitucionalidade da lei, embora, efetivamente, a lei não tenha sido declarada inconstitucional, pelo não preenchimento do quórum mínimo (maioria absoluta – 6 ministros). No entanto, aqui calha destacar o voto do Ministro Luiz Fux, que, pautando-se na teoria dos princípios de ROBERT ALEXY, reconheceu a necessidade de autocontenção judicial e de deferência aos arranjos institucionais. A leitura da íntegra do voto é válida, pois, além de discorrer sobre os riscos da ampliação excessiva do papel do Poder Judiciário, que guarda sintonia com as linhas aqui já escritas, ressalta a importância do respeito à definição constitucional de ator institucional adequado para criação de regras jurídicas gerais, sobretudo no cenário de incerteza epistêmica científica: “[d]iante desse contexto, indaga-se: a partir da dúvida acerca do uso seguro e controlado do amianto crisotila, qual a instituição detém a palavra final acerca da sua proibição ou não? Seria o Poder Judiciário ou o Poder Legislativo? Parece-me que a postura de autocontenção da Suprema Corte e de deferência à opção feita pelo legislador federal deva ser a que melhor atenda ao caso em tela” (p. 158-159). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4066**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 24 ago. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 04 jan. 2019).

A ideia é permitir que o juiz, ao se deparar com litígio instaurado a partir de impugnação de escolha pública realizada no âmbito da competência discricionária designadamente despesista, possa perscrutar sempre sobre a confiabilidade da premissa epistêmica empírica dos princípios, considerando no seu juízo de ponderação o grau de certeza de risco ao princípio invocado à luz do princípio em colisão. Não basta, portanto, a ponderação abstrata ou justificação da decisão com base em confiabilidade mínima.

Vale dizer, reconhecida a possibilidade de revisão judicial da discricionariedade administrativa, a atuação judicial seria limitada pela consideração da suposição empírica subjacente ao princípio invocado. Essa perspectiva imprimiria maior racionalização e legitimação à decisão judicial, mediante o juízo de ponderação com a fórmula completa refinada, já que a simples aplicação da fórmula de peso incompleta, como visto, poderia ocasionar resultados diferentes, porque faria preceder, em absoluto, o princípio material, independentemente da certeza do risco de ofensa.

Desse modo, à medida que cresce a certeza das premissas epistêmicas referentes à lesão do princípio (referenciada por ALEXY aos direitos fundamentais), mais se legitima a intervenção judicial na determinação da despesa pública. Em outro sentido, quanto menor for essa certeza, mais adequado deixar a questão sob o domínio do administrador público, reconhecendo-lhe discricionariedade para resolver e decidir⁴⁶⁸. Perspectiva-se, assim, reflexão sobre a teoria da prova, notadamente para demonstração dos riscos de lesão a bens jurídicos, como densificação do princípio da proporcionalidade.

É nesse sentido, reconhecendo que o plexo de regras e princípios, legais e constitucionais, a que se submete a Administração Pública no Estado Constitucional de Direito, confere nova conformação da discricionariedade administrativa, que se entrega à revisão judicial no controle de juridicidade, não significando a aniquilação da liberdade criativa do administrador. Exige, entretanto, por força da legitimação democrática da Administração Pública, que o Judiciário proceda à autocontenção necessária à garantia do mesmo Estado democrático que assegura o respeito à decisão judicial.

Por conseguinte, não há exatamente o sepultamento da discricionariedade administrativa da decisão pública despesista, mas, apenas sua redelimitação: apesar de se submeter ao controle judicial, alguns parâmetros devem ser observados para garantir o respeito mútuo à separação de poderes e ao princípio formal do administrador público

⁴⁶⁸ Cfr. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do Direito de Alexy. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 55-56.

democraticamente legitimado. Se é verdade que o juiz não pode se assumir a ser um retroprojetor legal, não menos verdade, também não pode agir com casuísmo arbitrário.

Por isso, o realce à distribuição dinâmica da atuação judicial, somente sendo adequada sua incursão na decisão administrativa quando a suposição de ofensa a direito, considerada em conjunto com a intensidade e peso dos princípios envolvidos, justifique essa atuação. Em sentido contrário, havendo incerteza, cenário de indefinição, deve-se continuar a assegurar o respeito à discricionariedade administrativa, em razão da posição de legitimação democrática que ocupa o gestor público para realizar as escolhas em benefício da sociedade.

3. Limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: notas comparativas entre Brasil, Portugal e Espanha

Não é nenhuma novidade que o Estado atravessa grave crise, assolado pelo desencanto da sociedade sobre a legitimação da própria existência estatal. Contribui para essa percepção de desilusão a desconformidade funcional do próprio Estado, que não consegue harmonizar sua atuação e entregar-se coeso e coerente à sociedade.

Esse desarranjo do arquétipo estatal mostra-se ainda mais acentuado, dentre outras causas, em razão da fragilidade do atual estágio de separação de poderes ou funções estatais, em que se percebe, especificamente, um incremento no dimensionamento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, e, em termos gerais, uma imprecisa definição sobre os limites de atuação de cada um.

Essa “desorientação funcional” se potencializa no âmbito da Administração Pública, que, chamada diuturnamente a concretizar direitos a partir do quadro normativo vigente, passa a complementar a regra jurídica, nas condições em que é franqueada certa margem de atuação e escolha. Vale dizer, a lei que veicula competência administrativa discricionária finda por conceder certa liberdade ao administrador público para que possa completar o elemento normativo respectivo, definindo o momento e a oportunidade da hipótese fática, escolhendo a forma adequada para o atendimento do interesse público ou valorando conceitos jurídicos normativamente indeterminados, e, assim, realizando legitimamente escolhas sobre a alocação de recursos públicos a cada definição de despesa pública.

A preocupação deste texto, no entanto, não pode ser ampla, devendo, pois, centrar-se naquelas situações em que o administrador goza de autorização legal para definir a medida

necessária e adequada para alcançar a finalidade normativa. Ou seja, naquelas situações, em que, presente a hipótese fática prevista pela norma, há incidência do modal deôntico autorizativo para livre (e não arbitrária) margem de escolha ao administrador acerca da consequência normativa.

Portanto, não está a animar este texto a análise ampla da discricionariedade administrativa, mas, tão só, aquela que respeita à liberdade de escolha do administrador diante dos parâmetros normativos especialmente extraídos do texto constitucional, conferindo a ele margem valorativa para definir as necessidades coletivas a serem satisfeitas e identificar os meios que considera adequados para essa finalidade – elementos substanciais da definição da despesa pública.

Para tanto, para se traçar o limite da liberdade da escolha pública, no fundo, está-se a tratar dos limites do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa, especialmente sobre a possibilidade de a decisão judicial substituir a decisão administrativa discricionária. Ou seja, analisar como e em que medida, pelo arcabouço normativo existente, os tribunais estão autorizados a atuar no controle da discricionariedade administrativa, constitui objetivo deste texto, porquanto nessa discussão se encontra inserida a possibilidade de controle externo da despesa pública, que tem na autonomia discricionária seu núcleo fundante.

No cenário brasileiro, inspiração para enfrentamento do problema, a questão se mostra incerta e passível de novas construções, em que pese a existência de vários e variados trabalhos a respeito. Fato é que a aplicação prática nos tribunais continua sem norte preciso, possivelmente pela vagueza da discricionariedade administrativa no ordenamento brasileiro, proliferando decisões judiciais em sentidos diversos na jurisprudência brasileira.

Percebido que o ordenamento brasileiro não tem apresentado as respostas suficientes ao enfrentamento do problema, projeta-se pesquisa de microcomparação dos ordenamentos jurídicos do Brasil, Portugal e Espanha, sobre o limite do controle judicial da discricionariedade administrativa, viabilizando-se, especialmente, perspectiva de orientação hermenêutica ou possibilidade de alteração legislativa⁴⁶⁹. Como já se deixou registrado linhas acima, a análise comparativa aqui proposta, ao contemplar a observação da discricionariedade administrativa nos ordenamentos jurídicos, não pretende se distanciar da reflexão acerca da conformação jurídica da despesa pública. A elevação do grau de consideração analítica, situando-o em nível mais amplo de reflexão, mais se justifica em razão do escasso tratamento

⁴⁶⁹ Cfr. VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 20-30.

legislativo e doutrinário sobre a aplicação específica da discricionariedade à despesa pública. Vale dizer, omite-se quase sempre, por desconhecidas razões, a percepção de que o ato despesista, como manifestação administrativa concreta, envolve a tomada de decisão, e, como tal, dotada de certa margem de discricionariedade. Essa espécie de “anestesia” jurídico-científica, com a licença da generalização da afirmação, acaba por revelar a necessidade de extrair elementos de compreensão do tratamento conferido à discricionariedade administrativa genérica para, então, contextualizá-la no âmbito do ato administrativo despesista.

Calha observar, no entanto, que a realização do estudo de microcomparação jurídica não pode resultar do mero levantamento de dados acerca da aplicação de determinado instituto jurídico em dois ou mais ordenamentos jurídicos estatais quaisquer. Desse modo, a adequada análise de comparação jurídica deve estabelecer-se mediante utilização de “método que confira fiabilidade aos seus resultados e a torne socialmente útil”⁴⁷⁰.

Nessa perspectiva, valendo-se sinteticamente da lição de DÁRIO MOURA VICENTE⁴⁷¹, a realização da comparação jurídica deve compreender: a) partir do problema, identificação do objeto de comparação; b) definição dos ordenamentos jurídicos como referências da comparação; e, c) síntese conclusiva sobre traços de similitudes e diferenças encontrados. Portanto, partindo-se do problema verificado, valer-se-á de método funcional para verificar as regras e institutos jurídicos aplicáveis ao controle judicial da discricionariedade administrativa em ambos os ordenamentos jurídicos, sem prejuízo de breve incursão por análise histórica do enfrentamento da questão nas ordens jurídicas analisadas.

Por isso mesmo, à compreensão do tema e à formação do “esquema comparativo”⁴⁷², o objeto de comparação será decomposto em questões periféricas que envolvem o Direito Administrativo e o Poder Judiciário, observando-se assim como são tratadas nos diferentes ordenamentos jurídicos, para, então, contextualizar a solução oferecida por cada um ao problema indicado. Desse modo, para além da proposta central de comparação (perscrutar sobre a existência de previsão normativa de limitação do controle judicial da discricionariedade administrativa), buscar-se-á identificar, nos Estados comparados, as

⁴⁷⁰ Cfr.: VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 37. Ainda: “é, com efeito, a observância de certas regras metodológicas que permite distinguir uma investigação de Direito comparado das comparações mais ou menos empíricas que quotidianamente se fazem na resolução das mais diversas questões jurídicas, assim como da simples recolha e justaposição de informações acerca de Direitos estrangeiros (sem menoscabo da relevância que estas podem ter como trabalhos preparatórios da comparação jurídica)” (*ibid.*, p. 38).

⁴⁷¹ Cfr.: VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 39.

⁴⁷² Cfr.: VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 39.

referências positivadas às seguintes questões: a Constituição prevê o respeito à separação de poderes? A quais princípios constitucionais se submete a Administração Pública? Há espaço para derrogação da atuação administrativa? Há direito à tutela judicial efetiva? Quais as fontes do Direito estatal? Há possibilidade de recusa de julgamento pelo juiz? O Poder Judiciário apresenta unidade institucional? Há tribunais especializados para julgamento da matéria administrativa? Existe alguma previsão de controle judicial da Administração Pública?

Ressalte-se que a análise que seguirá limitar-se-á à descrição dos modelos jurídicos existentes no Brasil, em Portugal e na Espanha. Não se objetiva, aqui, proceder-se à crítica de um ou outro modelo, mas, como dito, apenas pormenorizar a análise descritiva dos ordenamentos jurídicos, a fim de perceber convergências e diferenças para, então, perspectivar possíveis caminhos para enfrentamento do problema.

Prosseguindo com a indicação metodológica da comparação, bem delimitado o *tertium comparationis*, importa destacar as razões para definição dos ordenamentos jurídicos a comparar (os “*comparanda*”).

Como já exposto, este texto busca empreender à microcomparação, quanto ao problema apontado, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e espanhol. Naturalmente, a definição do ordenamento jurídico brasileiro, como objeto de estudo, atrela-se à identificação do problema a ser resolvido e à consequente aplicação de eventual solução encontrada.

Também por razões óbvias, em decorrência de presença histórica lusitana no território brasileiro, espelhou-se o ordenamento jurídico português no Brasil, sedimentando as bases da estrutura judicial até os dias atuais, influência de tal importância que o professor ANTÓNIO SANTOS JUSTO admite considerar que esses Estados partilham de um mesmo “direito luso-brasileiro”⁴⁷³. Com esse sentido, observar o ordenamento jurídico português, com o qual possui identidade formativa, permite melhor compreensão do arquétipo judicial brasileiro, a se perceber pontos de avanço, involução ou de simples estagnação institucional.

Em outra ponta, justifica-se a análise do ordenamento jurídico espanhol pela possibilidade de melhor contribuir para o desenlace da questão.

Primeiro, porque, assim como o Brasil e Portugal, trata-se de Estado de tradição jurídica romano-germânica, cuja aplicação do direito está pautada na lei (primeiro corte

⁴⁷³ Cfr.: JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**, Fortaleza, n. 1, p. 197-242, abr. 2008, p. 197; JUSTO, António Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 131-158, 2002, p. 155.

metodológico) e na criação judicial do direito⁴⁷⁴. Nesse universo, considerando as recentes críticas, especialmente no Brasil, de excessivo ativismo judicial, buscou-se identificar ordenamento jurídico estatal em que a concepção histórica do Poder Judiciário não tenha se estabelecido em bases de superioridade sobre a Administração Pública (segundo corte metodológico), justamente para afastar a ideia de que falaciosa superioridade interpretativa judicial pudesse contaminar a tarefa de criação do direito.

Por isso, buscou-se distanciar do modelo de formação histórica puramente judicial, escolhendo ordenamento jurídico em que o Judiciário tivesse maior proximidade com a Administração Pública, sem perder a sua essência⁴⁷⁵. Regressou-se, assim, ao período pós-revolução francesa, em que a superação do *Anciën Regime* acabou por significar, na França, a criação do Conselho de Estado e formação do contencioso administrativo, com dualidade de jurisdição entre processos comuns e administrativos. Essa ideia se difundiu entre vários Estados no século XIX, dentre os quais, Portugal e Espanha, havendo, no entanto, em alguns deles, certa evolução para o sistema de jurisdição única. Essa origem histórica também influenciou a definição do ordenamento espanhol como referencial de comparação, porquanto a formação histórica de seus tribunais administrativos, como visto, decorreu de evolução do sistema de contencioso administrativo⁴⁷⁶, que, como se sabe, mais se aproxima da própria Administração Pública.

Com efeito, buscando aproximar-se do modelo judicial brasileiro, desconsiderou-se a comparação com a França (já que seus tribunais administrativos, ainda hoje, não compõem plenamente o Poder Judiciário) e admitiu-se a análise comparativa com Portugal,

⁴⁷⁴ Nesse sentido, cfr.: VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 220. Ainda, o autor, ao desenhar a delimitação geográfica da família romano-germânica, afirma que: “compreendem-se hoje nela, na Europa continental, os sistemas jurídicos vigentes em países latinos (Portugal, Espanha, França e Itália), em países germânicos (Alemanha, Áustria e Suíça), nos países do chamado Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo), em países eslavos (Eslováquia, Hungria, Polónia, República Checa e Rússia) e em países do sudeste europeu (Grécia e Turquia). (...) Outro sucede com os sistemas jurídicos das antigas possessões europeias na América Latina (como o Brasil e o México), não obstante o crescente influxo que sobre eles hoje exerce o Direito dos Estados Unidos da América” (ibid., p. 140-141).

⁴⁷⁵ Válida a observação de José Carlos Vieira de Andrade (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A Justiça Administrativa**. 14 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17): “pode-se dizer, contudo, que os modelos administrativistas, puros ou mitigados, já não existem actualmente e que a generalidade dos países adoptou modelos organizativos *judicialistas* - mesmo em França, onde, em função do prestígio fundador do *Conseil d'État*, ainda subsiste (embora só ao nível supremo) um modelo de justiça delegada, este aproxima-se fortemente, na prática, do modelo de judicialista de tribunais especializados. Desde a segunda metade do século XX, em face das transformações acima referenciadas, tornou-se inquestionável a jurisdicionalização plena do contencioso administrativo, embora, isso não signifique uma homogeneização dos sistemas, já que as tradições nacionais continuam a marcar as soluções estabelecidas”. Essa consideração final acaba por legitimar a escolha comparativa realizada, porquanto o modelo francês de justiça administrativa e outros que dele decorreram ainda se mostram marcadamente vinculados à Administração Pública, distanciando-se dos objetivos deste trabalho.

⁴⁷⁶ Cfr.: FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La jurisdicción contencioso-administrativa: evolución, ámbito y órganos. In CANO CAMPOS, Tomás (org.). **Leciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo**. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2009, p. 252.

especialmente por sua vinculação histórica com o Brasil e por observar a formação histórica originária do seu sistema do contencioso administrativo e de seus tribunais administrativos, que também compõem o Poder Judiciário, sem perder de vista que ainda mantêm estrutura apartada e autônoma em relação aos tribunais comuns⁴⁷⁷). Já a estrutura do Poder Judiciário espanhol, no que toca aos litígios do Estado enquanto Administração Pública, muito se assemelha à brasileira, porquanto mantém a especialização de julgamento da matéria administrativa (o que lhe assegura, também por outros elementos, resquícios de proximidade com a própria Administração Pública), sem deixar de compor, sob todos os aspectos, a unicidade do Poder Judiciário espanhol⁴⁷⁸.

Ressalte-se que, de início, a fim de melhor contextualizar a comparação, nas questões que interessam ao tema em reflexão, proceder-se-á pequena incursão histórica acerca do problema em análise nos Estados comparados, para, assim, desvendar seus traços estruturais atuais. Ademais, a compatibilizar-se com a dimensão e propósito do presente trabalho, a análise dos ordenamentos jurídicos analisados partirá de suas atuais constituições e das leis que as sucederam.

Estabelecidos os parâmetros da análise comparativa, passa-se à consideração dos elementos centrais nos ordenamentos jurídicos identificados.

3.1. Enquadramento histórico e estrutural dos sistemas jurídicos comparados

Para se compreender a comparação ora levada a efeito, não se afigura suficiente, ao menos não precocemente, proceder à análise normativa dos elementos comparados. Antes, é preciso conhecer a evolução histórica do problema e dos Estados comparados, para

⁴⁷⁷ Nesse sentido, observa JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A Justiça Administrativa**. 14 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 119: “os tribunais administrativos e fiscais constituem, desde 1989, por decisão constitucional, uma categoria própria de tribunais, separada dos ditos ‘tribunais judiciais’ (artigo 209º, n.º 1, alínea b), formando uma hierarquia cujo órgão superior é o Supremo Tribunal Administrativo (artigo 212º, n.º 1)”. Sobre a evolução do sistema de justiça administrativa em Portugal, cfr.: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A Justiça Administrativa**. 14 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 23-46.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, cfr.: CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. 5 ed. Madrid, Tecnos: 2008, p. 40: “este sistema de organización está considerado mayoritariamente como el mejor de los posibles, puesto que integra a todos los jueces y tribunales en una misma organización, possibilitando su gobierno único, pero al mismo tiempo promueve la especialización y cualificación técnica de cada juez o magistrado, acotándole una concreta parcela del ordenamiento jurídico sobre la que pronunciarse, lo que mejora su cualificación técnica y calidad de sus resoluciones”.

perspectivar, assim, o Direito “na posição de um jurista do sistema jurídico que se propõe examinar”⁴⁷⁹.

a) Brasil

A projeção histórica do controle judicial da Administração pública não apresentou grande repercussão no Brasil. No período colonial, ainda que houvesse alguma definição nesse sentido, consistia em controle meramente formal, já que o poder estava concentrado em torno do monarca.

A partir do império, tem-se início a construção da constitucionalização desse tipo de controle. A Constituição de 1824 desenha os primeiros passos da separação de poderes no Brasil (artigo 10º), embora sem esse real sentido, porque também contempla a previsão do Poder Moderador, que, exercido pelo Imperador, como uma espécie de 4º Poder, tinha por função controlar e limitar os demais Poderes. Ademais, essa Constituição não dispôs expressamente sobre o controle da Administração pública. Apenas contemplou, no artigo 137º, a criação do Conselho de Estado (perceptivelmente influenciado pelo órgão homônimo existente na França, no período pós-Revolução), espécie de contencioso administrativo, que, dentre outras funções, era ouvido nas medidas gerais da Administração pública (artigo 142º), inclusive nas situações em que o Imperador se dispunha a exercer o poder Moderador (artigo 101º) para tornar sem efeito sentenças judiciais.

Com a Constituição republicana de 1891, o Brasil deixa de ser um Estado unitário imperial e, sob forte influência norte-americana, passa a constituir uma federação republicana (artigo 1º) – Estados Unidos do Brasil –, rompendo com o modelo anterior para atribuir à jurisdição a competência de julgar os litígios administrativos. Previu, assim, expressamente, no artigo 60º, a competência da Justiça federal para processar e julgar os litígios em face da União (pessoa jurídica de direito público integrante da federação brasileira).

Esse cenário constitucional permaneceu inalterado nas constituições posteriores (1934, 1937, 1946 e 1967). Somente no ano de 1969, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 1, que praticamente criou nova Constituição, tamanha foi alteração efetivada na Constituição de 1967. Nessa oportunidade, previu o artigo 111º a possibilidade de criação, por lei, de contencioso administrativo com competência para julgamento das causas decorrentes das

⁴⁷⁹ Cfr. VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 44. Essa visão é necessária para se compreender, pela busca dos fatores metajurídicos, as razões e sentidos dos institutos jurídicos e normas nos ordenamentos jurídicos comparados (ibid., p. 46).

relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais. Mais tarde, foi promulgada a Emenda constitucional n. 7/77, para alterar, dentre outros dispositivos, o artigo 111º e ampliar o alcance da competência do contencioso-administrativo eventualmente criado por lei. Essa lei nunca foi criada, não se conferindo efetividade aos referidos dispositivos constitucionais.

Manteve-se, portanto, a jurisdicionalização do controle da Administração pública, ampliada com o advento da Constituição Federal de 1988, quando, então, passou a receber os contornos atuais.

b) Portugal

Compreende-se que a evolução do problema da discricionariedade administrativa e de seu controle judicial relaciona-se, em Portugal, com a própria concepção de Administração pública resultante da mutação estatal levada a efeito pela Revolução francesa, época em que a lei passa a ser o referencial de proteção da sociedade contra o arbítrio, sem prejuízo de se conferir legitimação à Administração pública para agir no interesse da sociedade.

No *Anciën Regime*, no contexto francês, o Rei começava a enfrentar resistência dos juízes, que se mostravam independentes e não submissos às arbitrariedades reais. Por essa razão, concebeu-se a formação de tribunal próprio de julgamento dos litígios administrativos. O Conselho permanecia sob sua subordinação, apreciando todas as causas que interessavam ao Rei, garantindo-lhe, assim, plenos e ilimitados poderes para práticas arbitrárias⁴⁸⁰.

Portanto, ao tempo que o Estado passa a ser limitado pela lei, confere-se-lhe atribuições e competências para legitimamente continuar a interferir na vida do cidadão. Rompe-se com o Antigo Regime, mas não se rompe com antigas ideias⁴⁸¹. O Estado passa, pois, na perspectiva da separação de poderes construída por Montesquieu, a exercer funções apartadas e definidas, especialmente para impedir o retorno de qualquer manifestação despótica do Estado. Note-se que o propósito dessa separação de poderes entre a

⁴⁸⁰ Cfr.: TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 89.

⁴⁸¹ Nesse sentido, cfr.: TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 90-91: “Os administradores ainda costumam chamar o privilégio que este artigo lhes confere uma das grandes conquistas de 1789, mas nisto estão novamente enganados pois o governo da antiga monarquia tinha tantos cuidados quanto os que temos hoje para evitar aos funcionários o dissabor de se apresentarem na justiça como simples cidadãos. A única diferença essencial entre as duas épocas é a seguinte: antes da Revolução, o governo só podia dar cobertura aos seus agentes recorrendo a medidas ilegais e arbitrárias, ao passo que desde então pode deixá-los infringir legalmente as leis!”

Administração e a Justiça consistia justamente em “retirar à Administração Pública a função judicial e retirar aos tribunais a função administrativa – uma vez que até aí existia uma grande confusão entre as duas funções e os respectivos órgãos”⁴⁸².

No entanto, o período pós-revolucionário é marcado pela tentativa de limitar a atuação judicial, que se propunha a beneficiar-se da revolução para ampliar sua envergadura política⁴⁸³. Lançava-se, aí, certa desconfiança sobre os tribunais, que acabavam por garantir, em termos práticos, a continuidade do “Antigo Regime”. Então, “os revolucionários franceses vão procurar obviar ao aparecimento de uma situação similar, retirando aos órgãos judiciais competência para decidir os litígios em matéria administrativa”⁴⁸⁴. Projetava-se, assim, não obstante o reconhecimento da separação das funções estatais, a exigência de inadequação do controle judicial da Administração pública, justamente para se evitar a retomada despótica de outrora.

Com essa ideia, seguida em Portugal, a previsão de separação de poderes apresentava-se apenas no plano da independência, sem garantia de harmonia, configurada a partir dos sistemas de freios e contrapesos.

Desse modo, já na Constituição da monarquia portuguesa de 1822, previa-se, ainda que submetidos à vontade do Rei, a existência dos poderes legislativo, executivo e judicial (art. 30º), com destaque para o reconhecimento da interindependência, manifestada na impossibilidade de atuação sobre competência de outro poder. Evitava-se, assim, o controle judicial da Administração Pública, já que os litígios decorrentes do funcionamento administrativo se submetiam à Junta Administrativa (arts. 213º a 217º).

No mesmo sentido, a Constituição portuguesa de 1826 também manteve o reconhecimento da separação das funções estatais, mediante a previsão dos Poderes independentes e harmônicos (art. 10º), expressamente dispondo sobre o Poder Moderador ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Poder Judicial (art. 11º). O exercício do Poder Moderador incumbia ao Rei, a quem se reconhecia a insujeição a qualquer responsabilidade ou controle (art. 72º) e, ainda, limitava a atuação dos demais poderes, pois a ele competia velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes (art. 71º). Não havia disposição expressa sobre o controle da Administração Pública.

⁴⁸² Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 12.

⁴⁸³ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 12-13.

⁴⁸⁴ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 13.

Em sequência, a Constituição portuguesa de 1838, ainda sob forte inspiração monárquica, parece ter apresentado evolução acerca da independência dos Poderes políticos, pois, além de não contemplar a força do Poder Moderador, reconheceu a existência dos demais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 34º), assegurando-lhes independência e a impossibilidade de interferência nas atribuições do outro (art. 35º). De outro modo, manteve a ausência de previsão de controle da Administração Pública.

A Constituição portuguesa de 1911 inaugura um novo período político estatal, marcado pela adoção da forma de governo republicana (art. 1º). Desse modo, reconhece os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial como órgãos soberanos de poder, independentes e harmônicos entre si (art. 6º). Apesar de não haver previsto expressamente a possibilidade de controle judicial dos atos da Administração Pública, consignou expressivo avanço, porquanto conferiu ao Poder Judicial ampla margem de atuação, inclusive, reconhecendo-lhe a possibilidade de apreciar, no caso concreto, a validade de ou diplomas normativos emanados do Poder Executivo, à luz da Constituição (art. 63º), bem como admitiu a possibilidade de o Presidente da República (chefe do Poder Executivo – art. 36º) responder judicialmente pela prática de crimes comuns (art. 64º).

Não houve grandes novidades formais com a Constituição ditatorial da República portuguesa de 1933. Manteve-se a forma de governo republicana (art. 5º), reconhecendo, no art. 71º, como órgãos de soberania o Poder Legislativo (Assembleias Gerais), Executivo (Presidente da República) e Judicial (Tribunais), sem, no entanto, reconhecer-lhes, expressamente, independência de atuação. Ademais, apesar de estabelecer vários órgãos de atuação judicial (art. 115º), nada tratou sobre controle da Administração Pública.

Então, com a Constituição da República Portuguesa de 1976 se firma compromisso originário com amplo controle da Administração Pública na tutela dos direitos individuais e coletivos. De início, a Constituição reafirma a separação das funções estatais, reconhecendo como órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (art. 110º). Não obstante a intenção constitucional em apenas distinguir as funções, mantendo a centralidade da soberania do Estado, o sentido normativo extraído do art. 2º da Constituição, com a redação conferida pela revisão da Lei constitucional 01/97, revela a partição do Poder, exercido de forma independente e harmônica (ratificada pela previsão do artigo 111º CRP/76). Em tom de inovação, a Constituição previu expressamente o controle judicial da Administração Pública, tornando suscetível a apreciação de litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, nos moldes atuais (art. 212º, n. 3 e 268º, n. 4).

c) Espanha

Seguiu-se, no sistema jurídico espanhol, mesmo processo evolutivo de gradativa distinção das funções administrativa e judicial, culminando com a sedimentação do controle judicial da Administração Pública. Observa-se que a Constituição de Cádiz de 1812 já prevê a separação de atuações do Estado (artigos 15º a 17º), com identificação das funções de elaborar as leis (Cortes reais), de executar as leis (Rei) e aplicar a leis em causas civis e criminais (Tribunais). Inaugura-se, pois, com primeiros passos, um sistema judicial espanhol, distinguindo a competência para conhecer atos da Administração (jurisdição) e atos de governo (que permaneciam sob o escrutínio da própria Administração). Na prática, entretanto, essa separação não se implementava, porquanto, de forma global, todas as questões da Administração Pública (em sentido estrito e governo) eram apreciadas pela própria Administração⁴⁸⁵.

Essa desconformidade normativa restou inalterada pelas Constituições de 1837, 1845, 1869 e 1876, pois embora reconhecessem a distinção de funções estatais, nada definiam expressamente acerca do controle da Administração Pública. Isso acabou por remeter a regulamentação da questão para a esfera infraconstitucional. Inicialmente, as leis de 2 de abril e 06 de julho de 1845 acabaram por formalizar o sistema praticado, semelhante ao contencioso francês, com a criação dos “*Consejos Provinciales*” e do “*Consejo Real*”, de modo que as questões administrativas passaram a ser submetidas unicamente ao próprio controle administrativo⁴⁸⁶.

Posteriormente, avançando na questão, adveio a lei de jurisdição do contencioso administrativo de 13 de setembro de 1888⁴⁸⁷, que estabeleceu um sistema harmônico do contencioso-administrativo, alheio à esfera judicial e à esfera administrativa, embora

⁴⁸⁵ Cfr.: MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial. **Anuario de Historia del Derecho Español**, Tomo LXXXI, ISSN 0304-4319, N.º 81, 2011, p. 377-407. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3801949> > Acesso em 11.01.2019, p. 394.

⁴⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La jurisdicción contencioso-administrativa: evolución, ámbito y órganos. In CANO CAMPOS, Tomás (org.). **Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo**. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2009, p. 254.

⁴⁸⁷ Essa Lei também ficou conhecida por *Ley de Santamaría de Paredes*, por ter sido inspirada nas ideias do jurista de mesmo nome. Nesse sentido, cfr.: NIETO, Alejandro. Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. **Revista de administración pública**, p. 27-50, ISSN 0034-7639, N.º 50, 1966. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116185.pdf> >. Acesso em 11.01.2019. P. 47: “*Así se llegó a la Ley de 13 de septiembre de 1888, llamada de SANTAMARÍA DE PAREDES, y que no fue debida a su pluma, ni mucho menos (25), pero que, desde luego, se inspiró en las doctrinas de este autor, quien tuvo, además, la oportunidad de defenderla en el Congreso en un discurso memorable (14 de diciembre de 1877), que constituye uno de los documentos más importantes de nuestra doctrina sobre lo contencioso administrativo*”.

contivesse elemento de ambas⁴⁸⁸. Não obstante essa lei tenha se esforçado para reconhecer a submissão da Administração pública ao controle de legalidade de seus atos, acabou por excluir várias matérias da análise judicial, permanecendo, pois, parte do agir administrativo fora da apreciação controladora⁴⁸⁹. Incumbiu-se, assim, a um órgão misto, composto por juízes togados e outros ligados à própria Administração, a competência para resolver definitivamente os litígios em face da Administração pública.

Com alguma dificuldade, mas sem alterações significativas⁴⁹⁰, no século XX, o controle da Administração pública foi se consolidando, o que foi definitivamente institucionalizado com a expressa constitucionalização da previsão contida no artigo 101º da Constituição de 1937, que estabeleceu a possibilidade de apresentação, nos termos da lei, de recursos contra a ilegalidade dos atos praticados pela Administração pública, inclusive daqueles efetivados no âmbito de sua competência discricionária (no caso de excesso ou abuso de poder). Vale ressaltar que essa previsão estava contida no título VII daquela Constituição (artigo 94º e seguintes), que dispunha sobre as regras constitucionais aplicáveis

⁴⁸⁸ Para uma melhor caracterização desse modelo de controle, cfr.: NIETO, Alejandro. Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. **Revista de administración pública**, p. 27-50, ISSN 0034-7639, N.º 50, 1966. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116185.pdf> >. Acesso em 11.01.2019, p. 48: “*Para superar todas estas soluciones propuso – e impuso – SANTAMARÍA DE PAREDES su sistema armónico: lo contencioso-administrativo no pertenece ni al orden judicial ni al orden administrativo; tiene una situación propia; ni es una segunda parte del Procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: lo contencioso y lo administrativo, y no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al judicial. Un Tribunal especial contencioso-administrativo, así concebido, ni es una rueda de la Administración ni una Sala o Tribunal perteniente al Poder judicial, sino que tiene un enlace más alto, a saber, con el Poder armónico o regulador: aquel Poder llamado a resolver todos los conflictos de acuerdo con la opinión y con las Leyes, aquel Poder que participa en algo de la vida de los Poderes especiales, sin deber confundirse con ninguno, y cuya misión más propia es la de representar la unidad del Estado, velar por la independencia de cada uno de los poderes y resolver sus conflictos para mantener el orden constitucional*”.

⁴⁸⁹ Os artigos 1º a 3º da referida Lei expressamente definiram as matérias passíveis de controle do contencioso-administrativo. Vale destacar a previsão do artigo 4º da citada lei, que, dentre outras, expressamente, exclui da jurisdição dos tribunais do contencioso administrativa as questões que tenham origem no exercício do poder discricionário da Administração pública (Cfr. ESPANHA. **Ley de 14 de septiembre de 1888**. Madrid, 1888. Disponível em: http://legishca.edu.umh.es/wp-content/uploads/sites/590/2014/10/1888-09-13-ejercicio-de-la-jurisdicci%C3%B3n-contencioso-administrativa_1-001.jpg. Acesso em: 08 jan. 2019).

⁴⁹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La jurisdicción contencioso-administrativa: evolución, ámbito y órganos. In CANO CAMPOS, Tomás (org.). **Leciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo**. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2009, p. 256. Merece destaque, entretanto, a previsão da Lei de 05 de abril de 1904, que procedeu ao distanciamento da jurisdição da Administração pública (Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N.º 150, 1999, p. 209-238. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17466.pdf> >. Acesso em 11 jan. 2019. p. 213: “*Con anterioridad a la Dictadura, la disposición más importante en materia contencioso-administrativa es la Ley de 5 de abril de 1904, por la cual se separó definitivamente del Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa y se atribuyó al Tribunal Supremo*”. No mesmo sentido, cfr.: NIETO, Alejandro. Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. **Revista de administración pública**, p. 27-50, ISSN 0034-7639, N.º 50, 1966. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116185.pdf> >. Acesso em 11 jan. 2019. p. 49-50.

ao Poder Judiciário, o que já sinalizava para a futura mudança do modelo de controle do contencioso administrativo.

É nesse cenário, de constitucionalização expressa do controle da Administração pública, e diante das novas exigências da sociedade, sobretudo a partir de uma crescente atuação do Estado, enquanto Administração pública, que surge a Lei da jurisdição contencioso-administrativa de 27 de dezembro de 1956. Aqui, há a ruptura do modelo de controle misto em sentido à jurisdicionalização⁴⁹¹ (artigos 7º a 26º) do controle da Administração pública, conferindo larga ampliação da atuação controladora⁴⁹² (artigo 1º), - embora ainda se mantivessem algumas restrições (artigos 2º e 40º) -, inclusive para alcançar atos praticados no âmbito da competência discricionária⁴⁹³, ainda que expressamente somente tenha feito alusão à prática de ato eivado de vício de desvio de poder (artigo 83º, 2).

⁴⁹¹ Sobre esse aspecto, válido conferir a exposição de motivos da Lei da jurisdição contencioso-administrativa de 1956 para justificar a alteração apontada: “*La Ley supuso enorme avance para el imperio de la justicia en las relaciones administrativas (...) “5) Problema capital era el de la organización de los Tribunales a los que había de confiarse el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos. La Ley no ha acogido en toda su pureza ninguna de las dos posiciones tradicionales, que, solo después de largo tiempo, pudieron ser conciliadas en la Ley de mil ochocientos ochenta y ocho, y que han subsistido, con más o menos variantes, en los distintos sectores críticos de la misma. También se aparta del llamado sistem a armónico o mixto, al menos en la form a en que fué recogido en ella. La Ley es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de cinco de abril de mil novecientos cuatro en cuanto confía la Jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos”*. Cfr.: ESPANHA. **Ley de 27 de diciembre de 1956**. Madrid, 1956. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1956/363/A08138-08158.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019. p. 8138-8139.

⁴⁹² Interessante observar que a natureza jurídica da impugnação passa a ser de verdadeira ação judicial, conforme se infere da exposição de motivos da mencionada Lei: “*Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es exam inar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto adm inistrativo. La Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique – dicho sea a título enunciativo – que sea impertin en te la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile, aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional”* (cfr.: ESPANHA. **Ley de 27 de diciembre de 1956**. Madrid, 1956. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1956/363/A08138-08158.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2019, p. 8139.

⁴⁹³ Válido destacar da exposição de motivos da mencionada lei: “*Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables, al supuesto de hecho, ni es un «prius» respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún Organo competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público”* Cfr.: ESPANHA. **Ley de 27 de diciembre de 1956**. Madrid, 1956. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1956/363/A08138-08158.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019, p. 8141.

Não obstante o avanço percebido com a Lei de 1956, como se verá a seguir, a Constituição de 1978, em pleno vigor, e a atual Lei da jurisdição contencioso-administrativa (Lei n.º 29, de 13 de julho de 1998) consolidaram e ampliaram o controle judicial da Administração pública, de modo a não haver qualquer dúvida sobre a efetiva submissão do Estado espanhol à Lei e ao Direito.

3.2. Enquadramento jurídico: limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Avançada a apresentação da evolução histórica dos Estados comparados e da perspectiva do controle judicial da Administração pública, impõe-se, doravante, compreender a essência dos ordenamentos jurídicos comparados, notadamente nos pontos que interessam ao enfrentamento do problema apontado.

a) Brasil

As bases atuais do ordenamento jurídico brasileiro estão fundadas na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que consagrou a forma federativa de Estado (artigo 1º e 18º), apresentando estrutura político-administrativa partilhada entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, configurando federalismo *sui generis* com quatro dimensões de poder, configurando, assim, descentralização do poder político e da capacidade administrativa. Funda-se, pois, na repartição de competências entre os entes federados para garantia da autonomia respectiva.

Ainda, a Constituição brasileira funda sua soberania no povo (artigo 1º, parágrafo único) e apresenta expressa repartição das funções do Estado (artigo 2º), estabelecendo regras específicas ao Poder Legislativo (artigos 44 a 75), Executivo (artigos 76 a 91) e Judiciário (artigos 92 a 126).

Nesse contexto, estabeleceu a Constituição regras e princípios comuns ao funcionamento da Administração Pública, com destaque aos princípios expressos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37º, caput), que acabam por conferir vinculação direta entre a Administração Pública e a normatividade constitucional⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ A lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), em seu artigo 2º, impõe, para além da obediência da Administração Pública aos princípios

Seguindo essa perspectiva, dispõe a Lei 9.784/99 (artigo 11) que, em regra, a competência administrativa é irrenunciável e deve ser exercida pelos órgãos administrativos a que legalmente foi atribuída, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

O artigo 5º da Constituição federal prevê extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito à tutela judicial efetiva (artigo 5º, XXXV), garantia essencial à caracterização do Estado de Direito. Por outro lado, essa regra constitucional também veda o *non liquet*, sendo defeso ao juiz recusar-se a exercer a jurisdição. Por essa razão, o atual Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), em seu artigo 140, dispõe que o juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, devendo, nesse caso, julgar com base na analogia, nos costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

O sistema jurídico brasileiro apresenta unidade de jurisdição, apresentando órgãos jurisdicionais vinculados à União e aos Estados, cabendo a cada Tribunal, a partir das unidades jurisdicionais criadas por lei, estabelecer a especialização de competência por matéria (artigo 96, I, alínea “a”). Note-se que, no âmbito federal, a Justiça Federal, vinculada à União, acaba por ser ramo fortemente marcado por especialização, porquanto, nos termos do artigo 109, I, da Constituição Federal, dentre outras matérias, a ela compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Não há, na Constituição Federal brasileira, dispositivo que preveja especificamente a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, decorrendo essa possibilidade do princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, XXXV) que submete todas as questões, públicas e privadas, ao crivo do Judiciário. Mas não apenas isso, essa conclusão pode ser extraída dos vários instrumentos constitucionalmente disponíveis para correção da ilegalidade administrativa: direito de petição (artigo 5º, XXXIV), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), habeas data (artigo 5º, LXXII), ação popular (artigo 5º, LXXIII) e ação civil pública (artigo 129, III).

Em decorrência disso, não há, no Brasil, normas específicas de procedimento do “contencioso administrativo”. Há o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que estabelece regras gerais para a tramitação de processos judiciais cíveis (incluídos os litígios

constitucionais já anunciados, o respeito a outros princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

propostos em face da Administração Pública) e leis esparsas que tratam dos instrumentos acima elencados: mandado de segurança (Lei 12.016/2009), habeas data (Lei 9.507/1997), ação popular (Lei 4.717/1965) e ação civil pública (Lei 7.347/1985).

Mais recentemente, importante registrar, entrou em vigor a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para nela constar regras limitadoras do controle judicial e administrativo da Administração pública. Essas regras, no entanto, referem-se a método de interpretação e de fundamentação da decisão, não estabelecendo, propriamente, limites à intensidade de interferência da atuação judicial na esfera administrativa.

Por assim dizer, quanto ao controle judicial em si, não há, a princípio, qualquer regra jurídica expressa substancial sobre os limites do controle jurisdicional da Administração Pública para além daquelas regras procedimentais já expostas. Vale dizer, nenhuma delas estabelece propriamente limites à atuação judicial. Por essa razão, várias decisões judiciais acabam resultando, não apenas no reconhecimento da ilegalidade do agir administrativo, mas, para além disso, na própria substituição da ponderação do administrador público pela valoração do julgador, inclusive, nos atos praticados no campo da competência discricionária do gestor público.

b) Portugal

A organização jurídico-política de Portugal consagrada na Constituição da República de 1976 estabelece a centralização do poder político, delimitado na forma unitária estatal (art. 6.º), mantendo, entretanto, nos termos do art. 6.º, n.º 2, o respeito à regulamentação político-administrativa e autogoverno das regiões autônomas (arquipélagos dos Açores e da Madeira), bem assim a autonomia das autarquias locais e a descentralização democrática da administração pública (art. 6.º, n.º 1).

A Constituição portuguesa atribui ao povo o fundamento, uno e indivisível, de legitimidade política, reconhecendo, em conformidade com o art. 3.º, n.º 1, CRP/76, a soberania popular como titular dos poderes estabelecidos (funções distintas e interdependentes – vide art. 2.º e 111.º, n.º 1, CRP/76), em deferência às conquistas alcançadas na luta contra a ditadura, em que a reação e resistência popular revelaram-se fundamental para garantir a independência nacional, os direitos fundamentais dos cidadãos, os

princípios basilares da democracia e o primado do Estado de Direito democrático (consideração extraída do preâmbulo da Constituição portuguesa de 1976).

As funções do Estado, enquanto poderes instituídos, encontram-se bem definidas e delimitadas no texto constitucional, indicando-se a harmonia de atuação dos Poderes Legislativo (arts 120.º a 146.º, CRP/76), Executivo (arts 182.º a 201.º, CRP/76) e Jurisdicional (arts. 202.º a 218.º, CRP/76), sem qualquer indício de sobreposição nas suas atuações, o que revela a plena compatibilidade com o sistema de freios e contrapesos próprio do Estado Democrático de Direito.

Partindo mais especificamente ao funcionamento da Administração Pública, reafirma a Constituição portuguesa o primado da prossecução do interesse público, observando-se o respeito aos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (art. 266.º, n.º 1, CRP/76). Para isso, estabelece a plena sujeição da Administração Pública à Constituição e à lei, destacando os princípios basilares a orientar seu funcionamento: igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé (art. 266.º, n.º 2, CRP/76)⁴⁹⁵.

Ademais, reconhece-se, como manifestação da regra geral de indeclinabilidade dos poderes atribuídos aos órgãos de soberania (art. 111.º, n.º 2), a inderrogabilidade da competência administrativa, que se mantém irrenunciável e inalienável (art. 36.º, n.º 1, do CPA), sendo nulo todo o ato ou contrato que tenha por objeto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência conferida aos órgãos administrativos (art. 36.º, n.º 2, CPA). Isso não impede, todavia, em caráter excepcional, a delegação de poderes, nas hipóteses expressamente previstas na Constituição e na lei (art. 111.º, n.º 2, parte final, CRP/76).

Com esteio na centralidade da proteção dos direitos dos indivíduos, a Constituição portuguesa reconhece o direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º, n.º 1 CRP/76), assegurando o acesso ao direito e aos Tribunais (art. 20.º, n.º 1 e 2), inclusive mediante assistência jurídica gratuita (art. 20.º, n. 1, CRP/76). Para isso, a lei deve estabelecer as garantias necessárias para que as lesões ou ameaças a direitos sejam efetivamente coibidas, em processo equitativo e com duração razoável (art. 20.º, n.º 4 e 5 CRP/76). Calha ressaltar

⁴⁹⁵ Válido ressaltar que o Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-lei 4/2015) esclarece, no art. 2.º, n.º 3.º, que os princípios gerais da atividade administrativa, estabelecidos na Constituição e densificados no texto legal, aplicam-se a toda e qualquer atuação da Administração Pública (mesmo que meramente técnica ou de gestão privada). Desse modo, evidencia o balizamento do funcionamento do administrativo a partir da reafirmação ou inovação dos princípios da legalidade (art. 3.º), da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (art. 4.º), da boa administração (art. 5.º), da igualdade (art. 6.º), da proporcionalidade (art. 7.º), da justiça e da razoabilidade (art. 8.º), da imparcialidade (art. 9.º), da boa fé (art. 10.º), da colaboração com os particulares (art. 11.º), da participação (art. 12.º), da decisão (art. 13.º), da adequação da utilização de meios eletrónicos a garantir eficiência e transparência (art. 14.º), da gratuidade (art. 15.º), da responsabilidade (art. 16.º), da administração aberta (art. 17.º), da proteção dos dados pessoais (art. 18.º) e Princípio da cooperação leal com a União Europeia (art. 19.º).

que o direito à tutela jurisdicional reverbera, em termos práticos, no dever de resposta à provocação estatal (art. 20.º, n.º 4, CRP/76), resultando, pois, no dever de julgar (proibição de *non liquet*) e na inadmissão de escusas de insuficiência funcional (dúvida insanável acerca dos fatos em litígio), normativa técnica (a falta ou obscuridade da lei) ou ética (compreensão de injustiça ou imoralidade do conteúdo do preceito legislativo) para se eximir da obrigação constitucional (art. 8.º, n.º 1 e 2, parte geral, Decreto-Lei 47.344/66).

O Direito português, inspirado na tradição jurídica romano-germânica, pauta a solução dos conflitos no primado da lei, estabelecendo-a como fonte imediata do direito (art. 1.º, parte geral, Decreto-Lei 47.344/66). Apesar de serem admitidos os usos e a equidade como elementos de resolução de litígios (arts. art. 3.º e 4.º, parte geral, Decreto-Lei 47.344/66), condicionam-se à validação legal, retirando-se-lhes, assim, a consideração como fonte jurídica direta.

A função jurisdicional em Portugal é exercida pelos Tribunais, a quem compete, desse modo, administrar a justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1, CRP/76). Interessante observar que há uma tendência à descentralização da função estatal de solução de conflitos, pois a Constituição portuguesa não a atribui a órgãos de um Poder, mas, sim, a Tribunais com função jurisdicional⁴⁹⁶, com notória especialização, já prevista ao nível constitucional, de suas atividades, quanto à matéria objeto de julgamento. Prevê-se, assim, como categorias de Tribunais (art. 209.º, n. 1, CRP/76), além do Tribunal Constitucional (art. 221.º), o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância (art. 210.º e 211.º CRP/76); o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais (art. 212.º CRP/76); e, o Tribunal de Contas (art. 214.º CRP/76). Abre-se, ainda, a possibilidade de criação, nos termos da lei, de Tribunais marítimos, Tribunais arbitrais e julgados de paz (art. 209.º, n.º 2 e 3, CRP/76). Ademais, em situação excepcional (vigência do estado de guerra), contempla a previsão de constituição dos Tribunais militares, com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar (art. 213º CRP/76).

⁴⁹⁶ A sutil distinção não escapou à observação do professor MARCELLO CAETANO (cfr. CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 98-99): “[r]epare-se bem que falo em acto jurisdicional e não em acto judicial. Este corresponde a uma noção orgânica, é todo acto praticado por tribunais ou pelos seus juízes no exercício da respetiva jurisdição. Ao passo que o acto jurisdicional se caracteriza por certos aspectos formais, sem que importe saber quem o pratica. E esses aspectos são: o facto de quem decide ter de ser solicitado por petição de interessado, a existência de conflito de interesses a resolver, a instrução do pedido com audiência de outros interessados, a decisão por aplicação da lei aos factos provados – sem submissão a ordens ou instruções superiores”.

Apesar da histórica afinidade do controle jurisdicional com a Administração Pública⁴⁹⁷, a Constituição da República, em seu arts. 212.º, n.º 3 e 268.º, n.º 4, e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002), em seu art. 4.º, n.º 1, expressamente dispõem sobre a previsão de controle de jurisdicional da Administração pública, designadamente nos litígios que interessem ao exercício da função administrativa⁴⁹⁸, a ser exercida pelos tribunais administrativos⁴⁹⁹. Nesse ponto, observa-se que não há propriamente regra estabelecida a impedir a fiscalização de legalidade do exercício da discricionariedade administrativa, embora esteja excluída do âmbito do controle a apreciação de litígios que tenham por objeto a pretensão de impugnação de atos praticados no exercício da função política⁵⁰⁰ e legislativa (art. 4.º, n.º 1, alínea “a”, ETAF), bem como aspectos de conveniência e oportunidade da atuação da Administração (art. 3.º CPTA). De todo modo, o art. 95.º, n.º 3, do CPTA, estabelece, genericamente, regra sobre os limites da decisão jurisdicional em substituição ao conteúdo do ato administrativo questionado, quando formulado, cumulativamente com pedido de invalidação do ato, pretensão de condenação da Administração ao cumprimento de obrigação que envolva a formulação de avaliações próprias do exercício da função administrativa, sem que seja possível ao Tribunal identificar a única solução legalmente possível, hipótese em que não poderá o Tribunal determinar o

⁴⁹⁷ Note-se que essa aproximação ainda não foi totalmente desarraigada, na medida em que se constatarem situações de interesse puramente administrativo são resolvidas pelos Tribunais administrativos. A ilustrar a afirmação, tome-se como exemplo a previsão do artigo 51.º, n.º 1, alínea “a”, do CPA (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015), segundo o qual se reconhece aos Tribunais administrativos a competência para a resolução de conflitos de atribuição entre órgãos administrativos, quando envolvam órgãos de pessoas coletivas diferentes ou no caso de conflitos entre autoridades administrativas independentes.

⁴⁹⁸ Válido observar que a afirmação comporta algumas exceções, havendo questões havidas a partir de relações jurídico-administrativas que são dirimidas mediante impugnações e recursos para os Tribunais judiciais, a exemplo do que ocorre da impugnação judicial de coimas e fixação de indenizações por expropriações por utilidade pública (Cfr.: Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina 2018, p. 16).

⁴⁹⁹ Oportuna a advertência do professor PAULO OTERO (cfr: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019, p. 1050), ao afirmar que “ao legislador esteja vedado, sob pena de inconstitucionalidade da lei e de uma consequente inconstitucionalidade das decisões provenientes de tribunais cuja competência se encontra fundada nessa mesma lei, conferir a tribunais diferentes dos tribunais administrativos competência para dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas: estabelecendo uma tal reserva material de jurisdição a favor dos tribunais administrativos, a Constituição exclui que os restantes tribunais sejam competentes sobre estas matérias”.

⁵⁰⁰ Conforme observa JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (cfr.: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 32), não constitui tarefa simples distinguir política e função administrativa, pois ambas se situam, “nuclearmente, no âmbito da actividade do tradicional *pode executivo* – actualmente, entre nós, bicéfalo (Presidente da República, Governo) – tratando-se em ambos os casos, tipicamente, de *actuações de carácter concreto*”. No mesmo sentido, cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 47-48.

conteúdo da conduta a ser adotada, devendo apenas explicitar as vinculações a serem observadas pela Administração.

c) Espanha

A evolução histórica exposta permite compreender melhor o sistema jurídico da Espanha, notadamente os traços mais claros de respeito à separação de poderes, especialmente à limitação do controle judicial da Administração pública.

Consoante se extrai da Constituição espanhola de 1978, a garantia de sua unidade funda-se na descentralização política das regiões autônomas (artigos 148º a 150º), com respeito à plurinacionalidade e à autonomia das diversas regiões que a integram (artigo 2º). É, pois, Estado autonômico, como resultado do equilíbrio entre unidade e diversidade⁵⁰¹.

A Constituição reconhece que a soberania nacional pertence ao povo e dele emanam os poderes do Estado (artigo 1º, 2). Assegura, assim, a repartição de funções estatais: Poder Legislativo (Título III – artigos 66º a 93º), Poder Executivo (Título IV – artigos 97º a 116º) e Poder Judiciário (Título VI – artigos 117º a 127º), visando a descentralizar o poder político e submetê-lo a sistema de freios e contrapesos.

Ademais, a Constituição estabelece princípios gerais (artigo 9º, 3), destacando-se os princípios da legalidade, confiança legítima e proibição de arbitrariedade do Poder público. Ainda, prevê princípios específicos da Administração pública, que deve sempre buscar a supremacia do interesse público, primando pela eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação de sua atividade, com submissão plena à lei e ao Direito⁵⁰²

⁵⁰¹ Não obstante a Constituição espanhola também tenha garantido respeito à autonomia dos municípios e das províncias, não se considera presente a descentralização política a considerar-lhe relevância no desenho estrutural do Estado: “*en resumen, las entidades locales son exponentes de una descentralización meramente administrativa, no política, con la que se pretende aproximar las competencias a los ciudadanos, para que sean ejercidas por las entidades que éstos contemplan con mayor cercanía y familiaridad*” (cfr.: CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. 5 ed. Madrid, Tecnos: 2008, p. 68).

⁵⁰² Nesse sentido, ressaltando a superação constitucional da clássica visão da submissão da Administração pública à legalidade estrita (cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 14 ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 449), aludindo a necessidade de uma conformação total às normas (regras e princípios). E conclui: “*no hay en Derecho español ningún ‘espacio franco o libre de Ley’ en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de ‘someterse a Derecho’, han de ser ‘conformes’ a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen ‘infracción del Ordenamiento jurídico’ y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez*” (ibid., p. 450).

(artigo 103º, 1). Portanto, a Constituição espanhola define leque de princípios orientadores da Administração Pública⁵⁰³.

Ainda sobre a Administração pública, válido destacar que a Lei n.º 40, de 1º de outubro de 2015, dispõe, em seu artigo 8º, a regra de irrenunciabilidade e inderrogabilidade da competência, devendo ser exercida nos termos da lei.

A Constituição espanhola estabelece, no Título I, um leque de direitos fundamentais, dentre os quais, destaca-se, no artigo 24º, 1, o direito à tutela judicial efetiva sobre seus direitos e interesses legítimos. Aqui, vale ressaltar que, segundo o Código Civil espanhol (Decreto de 24 de julho de 1889), artigo 1º, 7, proíbe-se o *non liquet*, impondo-se ao juiz apreciar os casos postos ao seu conhecimento, com base nas fontes estabelecidas (lei, costumes e princípios gerais do direito – artigo 1º, 1).

Em continuação, verifica-se que há unidade de jurisdição dos Tribunais, com escala hierarquizada institucional (artigo 117º, 5 e 122º, 1 da Constituição), cabendo à Lei Orgânica do Poder Judicial estabelecer, dentre outras regras, a definição das competências e especializações de seus órgãos julgadores.

Para assegurar o correto funcionamento da Administração Pública, a Constituição espanhola reconhece ao Poder Judicial a competência para controlar a legalidade da atuação da Administração pública, inclusive em relação aos fins que justificam sua existência (artigo 106º, 1). Institui, pois, a previsão constitucional de controle da Administração pública, que é reafirmada, em nível infraconstitucional, com as disposições contidas nos artigos 4º e 8º, da Lei Orgânica do Poder Judicial, n. 6, de 1 de julho de 1985, que estabelecem o alcance amplo da jurisdição e a reafirmação expressa e específica do controle da Administração Pública.

Ainda, essa Lei (n.º 6/1985) estabelece a especialização da competência para julgar pretensões propostas em face da Administração Pública, por sua conduta efetiva ou omissiva (artigo 9º, 4 e 24º). Atribui, pois, essa competência aos Tribunais do contencioso-administrativo (artigo 26º), que integra a unidade de jurisdição, mas, constitui órgão especializado para julgar as matérias relacionadas à Administração Pública.

⁵⁰³ Importante perceber que a Lei n.º 40, de 1º de outubro de 2015, que estabelece o Regime Jurídico do Setor Público, confirma esses e apresenta outros vários princípios norteadores da Administração pública (artigo 3º): interesse público, eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração, coordenação, submissão plena à Constituição, à Lei e ao Direito; os interesses gerais e atuam de acordo com os princípios de eficácia, efetividade dos serviços; simplicidade, clareza e proximidade da sociedade; participação, objetividade e transparência; racionalização e agilidade; boa-fé, confiança legítima e lealdade institucional; responsabilidade na gestão pública; planejamento e controle da gestão pública; eficácia e eficiência no cumprimento das metas e na aplicação dos recursos; economicidade e adequação entre meios e fins institucionais.

Nesse cenário normativo, para estabelecer critérios para controle judicial da Administração pública, foi editada a Lei n.º 29, de 13 de julho de 1998 (reguladora da jurisdição contencioso-administrativa). Reitera, pois, nos artigos 1º, 1 e 2º, a possibilidade de controle judicial da Administração pública, estabelecendo a competência dos tribunais do contencioso-administrativo.

Prevê, dessa forma, que esse controle (*recurso contencioso-administrativo*⁵⁰⁴) alcance, nos termos da Constituição espanhola, os atos administrativos vinculados e discricionários. Como consequência do acolhimento da pretensão, a julgar procedente o pedido inicial, o juiz deverá adotar uma das providências previstas no artigo 71º⁵⁰⁵, consistente basicamente no reconhecimento da ilegalidade e determinando a realização de alguma providência pela Administração Pública.

No entanto, tratando-se de impugnação judicial de ato administrativo proferido no âmbito da competência administrativa discricionária, o reconhecimento da procedência do pedido se restringe à decretação da ilegalidade, sendo, pois, vedado ao órgão judicial, nos

⁵⁰⁴ A própria Lei cuida de esclarecer os termos dessa verdadeira ação judicial, denominada de “*recurso contencioso-administrativo*”: “*artículo 25. 1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. 2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley*”. “*Artículo 32. 1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. 2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2*”. Cfr. ESPANHA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, transcreve-se, pela importância, o texto da lei: “*Artículo 71. 1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada. b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo. d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia*.” Cfr. ESPANHA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

termos do artigo 71º, 2º⁵⁰⁶ da mencionada Lei, determinar o conteúdo do ato discricionário anulado.

Do mesmo modo, se a parte autora mover pretensão em razão de inércia indevida da Administração pública, relativa ao âmbito da competência discricionária, a decisão judicial, em regra, não poderá impor à Administração pública a providência material almejada (artigo 29º).

Portanto, prevê-se, como regra geral, o controle judicial da legalidade discricionariada administrativa. No entanto, limita-se a jurisdição a esse reconhecimento, sem a possibilidade de substituição do mérito do ato invalidado, por outro conteúdo definido no âmbito da atuação jurisdicional.

3.3. Síntese comparativa

Decerto, com a apresentação dos fatores históricos e dos pontos dos sistemas jurídicos comparados relevantes ao objeto deste texto, importa, neste momento, proceder à efetiva

⁵⁰⁶ Esclarecedoras as razões expostas no preâmbulo da lei: “Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad. (...)Por lo que se refiere a la sentencia, la Ley sigue de cerca la regulación anterior. En particular, se mantiene la referencia de la conformidad o disconformidad de la disposición, actuación o acto genéricamente al derecho, al ordenamiento jurídico, por entender -en frase de la exposición de motivos de la Ley de 1956 que reconducirla simplemente a las leyes equivale a olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones. Añade, no obstante, algunas prescripciones sobre el contenido y efectos de algunos fallos estimatorios: los que condenen a la Administración a hacer algo, los que estimen pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, los que anulen disposiciones generales y los que versen sobre actuaciones discrecionales. En relación con estos últimos, la Ley recuerda la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que precise que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad.” Cfr. ESPANHA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

comparação, através da confrontação dos sistemas jurídicos comparados para, assim descortinar a síntese de suas semelhanças e diferenças⁵⁰⁷.

Percebe-se, de logo, o esforço constitucional dos Estados comparados para assegurar o respeito à unidade e diversidade política em seu território: no caso do Brasil, Estado federal, para acomodar a autonomia dos entes federados; em Portugal, Estado Unitário, para estabilizar a centralidade do poder político em seu território; no caso da Espanha, Estado autônomo, para garantir as condições de existência político-administrativa às regiões autônomas. Além disso, sendo Estados que apresentam características predominantes da tradição jurídica romano-germânica, apresentam semelhantes traços típicos formados a partir da modernidade: soberania tem origem no povo; expressa previsão de separação das funções do Estado, com identificação de regras específicas para as funções legislativa, executivo e jurisdicional; reconhecimento constitucional do direito à tutela judicial efetiva e à inafastabilidade de jurisdição, com proibição de recusa da obrigação de julgar (*non liquet*); indicação de fontes de direito (leis, costumes e princípios gerais do direito).

Especificamente quanto ao funcionamento da Administração pública de cada Estado, há previsão de princípios constitucionais da Administração Pública nas constituições, destacando-se, no caso brasileiro, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; na realidade portuguesa, a prossecução do interesse público deve ser atendida conferindo especial relevância aos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé; ao passo que, na Espanha, impõe-se a obediência aos princípios da supremacia do interesse público, eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação de sua atividade, com submissão plena à Lei e ao Direito. Aqui, percebe-se distinção fundamental entre as concepções constitucionais dos Estados comparados, porque, se nos sistemas brasileiro e português, expressamente, o agir administrativo funda-se no princípio da legalidade, no texto constitucional espanhol, explicitamente, impõe-se o respeito à Lei e ao Direito, enfatizando a juridicidade da perspectiva administrativa naquele sistema jurídico.

Ainda sobre o funcionamento da Administração pública, os sistemas jurídicos comparados possuem regras de inderrogabilidade e irrenunciabilidade da competência administrativa, salvo casos previstos em lei.

Não há homogeneidade dos sistemas jurídicos comparados sobre a previsão constitucional de unidade de jurisdição, pois, se por um lado, Brasil e Espanha contam com

⁵⁰⁷ Cfr.: ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 33.

unidade de jurisdição, sem indicação constitucional de especialização de competência em razão da matéria (administrativa), remetendo, no entanto, essa possibilidade à Lei orgânica de cada tribunal; em Portugal, há pluralidade de órgãos com função jurisdicional, com relevante consideração da especialização dos tribunais para apreciação de algumas matérias (tribunal de contas, tribunais administrativos e fiscais). No sistema brasileiro, em razão da existência de diferentes dimensões políticas (entes federados), não há uniformidade quanto à especialização do julgamento dos litígios administrativos. Em Portugal, reafirma-se, já ao nível constitucional são contemplados tribunais especializados para julgamento das matérias, com destaque para as matérias de interesse da Administração Pública (Tribunal de Contas e Tribunais Administrativos e Fiscais). Já na Espanha, a Lei Orgânica do Poder Judicial apresenta expressa previsão de especialização jurisdicional para julgamento da matéria administrativa, com a criação dos órgãos dos tribunais do contencioso administrativo, aptos a julgar os “recursos contenciosos-administrativos”, ações judiciais propostas em face da Administração Pública.

No entanto, percebe-se na relação entre os Tribunais e Administração pública, na perspectiva do controle jurisdicional de sua atuação, os traços distintivos mais sensíveis da presente comparação, marcadamente resultado da formação histórica dessa imbricada relação. O modelo brasileiro, desde muito cedo, a partir de suas primeiras constituições republicanas, muito influenciado pelo direito norte-americano, manteve-se, com raras e efêmeras passagens de “desjurisdicionalização” dos litígios administrativos, firme no controle judicial da Administração pública, o que ensejou a consideração desse tipo de litígio como mais um tipo de conflito. Por essa razão, não contou com previsão constitucional expressa e específica de controle da Administração pública, resumindo-se a prever a inafastabilidade de jurisdição e identificar instrumentos para sindicarem ilegalidades administrativas (ação judicial, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular e ação civil pública). Em Portugal, observa-se omissão constitucional sobre essa possibilidade, prevalecendo até a Constituição de 1976 o entendimento de limitação do controle judicial da Administração Pública, que, então, devia se submeter a mecanismos internos de controle. Já no sistema jurídico espanhol, em razão de sua evolução histórica pendular de “administrativização-jurisdicionalização” do controle administrativo, que previu, em suas últimas constituições e diplomas legais, crescente movimento pelo incremento do controle judicial da Administração pública, encontra-se expressa regra constitucional, com reafirmação

legal, de plena submissão da atuação administrativa ao controle de legalidade dos Tribunais, inclusive dos atos administrativos proferidos no âmbito da competência discricionária.

Reflexo dessa observação é que, no Brasil, não há regras específicas, procedimentais e substanciais, para o exercício do controle judicial, de modo a melhor harmonizar essa sensível relação de sobreposição decisória entre Judiciário e Administração pública. Vale registrar que, somente recentemente, foi alterada a Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro, para nela incluir regras gerais aplicáveis ao controle da Administração pública, que consubstanciam, em verdade, orientações interpretativas e de fundamentação da decisão controladora (judicial ou administrativa). Em Portugal, é possível observar a existência de regulamentação do processo nos tribunais administrativos e fiscais, garantindo o direito à tutela jurisdicional efetiva em relação aos litígios decorrentes das relações administrativas. Com isso, os Tribunais podem impor obrigação à Administração Pública, competindo-lhes assegurar a plena efetividade e executoriedade de suas sentenças, devendo, no entanto, autoconter-se para que esse controle jurisdicional realizado não alcance atos praticados no exercício da função política e legislativa, nem aspectos de conveniência e oportunidade da atuação da Administração. Estabelece ainda a vedação que a decisão jurisdicional venha a substituir a decisão administrativa, cuja definição de conteúdo exija ponderações próprias da função administrativa, hipótese em que o julgador restringir-se-á a estabelecer os parâmetros para nova decisão administrativa juridicamente adequada. Na Espanha, o controle jurisdicional da Administração pública conta com igual preocupação legislativa, havendo Lei específica da jurisdição contencioso-administrativa, que disciplina detalhadamente as condições, objeto, legitimidade, efeitos e procedimento do litígio administrativo. Dentre essas regras, chama a atenção que, diferentemente do Brasil, no sistema jurídico espanhol, há regra expressa da mencionada Lei, dispondo que, uma vez reconhecida a ilegalidade do ato administrativo praticado no âmbito da competência discricionária, a decisão judicial não poderá determinar o conteúdo discricionário do ato anulado. Vale dizer, nesse caso, o controle jurisdicional deve se resumir a reconhecer a ilegalidade do ato, cabendo à Administração pública, em análise valorativa, proferir nova decisão discricionária.

GRELHA COMPARATIVA

ELEMENTOS	ORDENS JURÍDICAS		
	BRASIL	PORTUGAL	ESPANHA
Forma de Estado	Estado federal (arts 1.º e 18 CF/88)	Estado unitário (art. 6.º CRP/76)	Estado autonômico (art. 2º CE/78)
Fonte de soberania	Povo (art. 1.º, parágrafo único, CF/88)	Povo (art. 3.º, n.º 1, CRP/76)	Povo (art. 1º, 2 CE/78)
Separação das funções do Estado	Sim (art. 2.º CF/88) legislativa (arts 44 a 75 CF/88), executiva (arts 76 a 91 CF/88) e jurisdicional (arts. 92 a 126 CF/88)	Sim (art. 2.º e 111.º CRP/76) legislativa (arts 120.º a 146.º CRP/76), executiva (arts 182.º a 201.º CRP/76) e jurisdicional (arts. 202.º a 218.º CRP/76)	Sim legislativa (arts. 66º a 93º CE/78), executiva (arts. 97º a 116º CE/78) e jurisdicional (arts. 117º a 127º CE/78)
Princípios constitucionais da Administração Pública	Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 CF/88)	Igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé. (art. 266.º, n.º 2 CRP/76)	Supremacia do interesse público, eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração, coordenação e submissão à lei e ao Direito (art. 103º, 1 CE/78)
Inderrogabilidade da competência administrativa	Sim (art. 11 Lei 9.784/99)	Sim (art. 36.º CPA)	Sim (art. 8º Lei 40/15)
Direito à tutela jurisdicional efetiva	Sim (art. 5.º, XXXV, CF/88)	Sim (art. 20.º, n.º 5 CRP/76)	Sim (art. 24º, 1 CE/78)
Fontes do Direito e modos de integração	Leis, costumes e princípios gerais do direito (art. 4.º Decreto-lei	Leis e normas corporativas (art. 1.º, parte geral, Decreto-Lei	Lei, costumes e princípios gerais do direito (art. 1º, 1 Código

	4.657/42	47.344/66)	Civil)
Proibição de <i>non liquet</i>	Sim (art. 5.º, XXXV, CF/88 e art. 140 Lei 13.105/15)	Sim (art. 8.º, n.º 1, parte geral, Decreto-Lei 47.344/66)	Sim (art. 1º, 7 Código Civil)
Unidade jurisdicional	Sim (art. 92 CF/88)	Não (art. 209.º CRP/76)	Sim (arts. 117º, 5 e 122º, 1 CE/78)
Previsão constitucional de especialização da jurisdição administrativa	Não autonomia dos tribunais (art. 96, I, “a”, CF/88)	Sim (art. 209.º, n.º 1, alínea b, e 212.º CRP/76)	Não autonomia dos tribunais (art. 117º, 3 e 122º, 1, CE/78)
Especialização de competência em razão da matéria administrativa	Não uniforme (autonomia dos tribunais)	Sim (art. 209.º, n.º 1, alínea b, e 212º CRP/76)	Sim (art. 26º Lei 6/85)
Previsão de controle da Administração pública	Sim Implícita (art. 5.º, XXXV, CF/88)	Sim Expressa (art. 212.º, n.º 3; art. 268.º, n.º 4, CRP/76; art. 4.º, n.º 1 ETAF)	Sim Expressa (art. 106º, 1 CE/78; art. 8º Lei 6/85)
Limitação legal do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	Sim Apenas de interpretação e de fundamentação da decisão controladora (arts. 20.º a 27.º do Decreto-lei 4.657/42 c/ redação da Lei 13.655/18)	Sim Veda-se controle jurisdicional sobre aspectos de conveniência e oportunidade da atuação administrativa (art. 3.º CPTA)	Sim Decisão jurisdicional limita-se a reconhecer a ilegalidade (art. 71º, 2 Lei 29/98)
Previsão legal de impossibilidade de substituição jurisdicional do ato discricionário	Não	Sim Genericamente para todos atos administrativos (art. 95.º, n.º 3 CPTA)	Sim (art. 71º, 2 Lei 29/1998)

3.4. Disrupção e perspectivas

Descortinam-se novos cenários, de incontável fugacidade do tempo, trazendo consigo alterações substanciais do modo de “ver” e “compreender” a realidade. “Novos conceitos” surgem amparados por “conceitos novos”, em fenômeno de retroalimentação informacional sistêmica.

É com essa perspectiva do Estado que, a partir do rompimento da concepção formalista do Direito, o movimento pendular hermenêutico jurídico caminha no sentido inverso, para seguir pela indeterminação e abertura, ainda que presente grande esforço de alguns pela racionalização da subjetividade. Forma-se, assim, o ideal neoconstitucional, ainda envolto por pluralidade de concepções e com profundas divergências conceituais, mas, que acomoda posições inspiradas pela constitucionalização do Direito, com destaque à força normativa dos princípios, à efetivação de direitos fundamentais e valorização da atuação judicial.

Nesse cenário, há redefinição política do próprio Estado: transfere-se a força normativa do legislador para o juiz, ficando o administrador público órfão de referencial normativo geral. Passa, assim, a buscar abrigo na vagueza do próprio texto constitucional para interpretar e realizar a escolha pública. Por essa razão, essa tarefa não pode ser livre nem destituída de valor, pois, a um só tempo, subordina-se aos limites normativos impostos e é passível de controle judicial sobre a juridicidade respectiva.

Desse modo, perceber e pensar velhos problemas, sob novas perspectivas, em comparação com outras realidades, permite recolher pistas do caminho à solução jurídica para a harmonia da relação entre controle judicial e discricionariedade administrativa, em um cenário atual complexo de crescente litigiosidade administrativa⁵⁰⁸. Analisados e comparados os sistemas jurídicos do Brasil, Portugal e Espanha, não se mostra adequado concluir pela sobreposição de uma ou outra solução jurídica, porque, em verdade, representam caminhos

⁵⁰⁸ Cfr.: ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de processo administrativo**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 57: “Nas sociedades modernas, é, na verdade, cada vez mais complexa e intrincada a rede de relações jurídicas que resulta da interpenetração dos domínios do público e do privado. E mais intensa a litigiosidade que se gera em torno do exercício de poderes públicos. É a consequência da forte intervenção dos poderes públicos na vida social, designadamente nos planos autorizativo e de fiscalização, dirigido à prevenção de riscos, e da regulação da actividade desenvolvida pelos agentes económicos. Imbrincada com o cada vez mais forte reconhecimento de que, num Estado de Direito democrático, os sujeitos privados são titulares de direitos e interesses dignos de tutela jurídica perante os poderes públicos. Daqui resulta uma enorme pressão da sociedade sobre a Justiça, a quem é exigida uma tutela cada vez mais eficaz contra as actuações ilegítimas dos poderes públicos”.

construídos a partir da evolução histórica de cada modelo e das necessidades de cada sociedade⁵⁰⁹.

Com efeito, a opção político-jurídica brasileira, a tratar de modo indiferente o litígio administrativo, sem traçar regulamentação específica, acaba por, paradoxalmente, alargar a possibilidade de interferência jurisdicional na esfera administrativa, indo além da margem autorizativa do sistema de freios e contrapesos, para indicar possível fratura do princípio da separação de poderes, especialmente por não apresentar qualquer limite a esse tipo de controle. Esse ponto sensível, transportado para a análise do ato administrativo despesista, revela-se ainda mais dramático, porquanto acaba por eliminar qualquer parâmetro sólido e seguro de juridicidade do agir administrativo, que vê exposta a decisão de aplicação de recursos ao amplo controle jurisdicional.

A solução adotada por Portugal e Espanha acaba por perceber a importância da delicada relação firmada entre controle jurisdicional e discricionariedade administrativa, justamente por ser esta a área de maior “intimidade” da Administração pública. Regulamentar essa relação e restringir o respectivo controle tornam mais claros os limites de atuação de cada Poder, melhor situando o indivíduo sobre o papel de cada função estatal. A partir daí, estabelecidos os círculos legítimos de atuação estatal, tem-se definidos os parâmetros adequados para consolidação do respeito à margem de discricionariedade da efetivação da despesa pública.

Mas isso não basta.

Como visto, o funcionamento da Administração pública segue movimento crescente de normatização, sendo, como visto, cada vez mais transplantados ao âmbito legal critérios e parâmetros não propriamente jurídicos. Desse modo, ainda que permaneçam válidas todas as condições e limites para controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, impossível não reconhecer que essa margem de autonomia interpretativa se sujeita à ponderação adequada de proporcionalidade, designadamente a partir da força normativa dos princípios que regem a Administração Pública.

Aqui, confere-se particular atenção ao princípio da eficiência, que exige plena adequação da escolha pública aos fins perseguidos, viabilizando-se, pois, o dimensionamento da intensidade do controle jurisdicional da despesa pública. Compreender esse princípio, em todos seus aspectos e intensidades, revela-se, pois, passo fundamental para bem compreender os próprios limites da atuação jurisdicional no controle do ato despesista.

⁵⁰⁹ Cfr. VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 46-47.

CAPÍTULO IV. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA EFETIVAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA: A PERSPECTIVA JURÍDICA DO VALOR ECONÔMICO

1. A fundamentalidade e juridicidade do princípio da eficiência na Administração Pública: a densificação do ideal de interesse público

O percurso trilhado até este ponto já delineou o funcionamento do Estado, descortinando sua complexa relação na realização de despesas para concretização de políticas públicas necessárias ao pleno atingimento de seus objetivos. Move-se, assim, através de análises e escolhas, fundamentalmente adotadas no campo político, para tutelar a prossecução do interesse público.

Viu-se, entretanto, que o funcionamento dessa engrenagem, ainda que submetido a critérios vinculados e discricionários, não se revela absolutamente dissociado da normatividade que impõe a adequada conformação jurídica. Desse modo, como exposto, para além de observar parâmetros formais, o ato despesista deve se apresentar como resultado de decisões administrativas de escolhas discricionárias, mas, não arbitrárias, condicionando-se, pois, ao pleno atendimento da conformação jurídica, que vem estabelecer diretrizes, nem sempre suficientemente claras, para a adequação do agir administrativo ao interesse público.

Obviamente, na esteira do quanto já afirmado, a Administração Pública, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive naqueles aqui observados, é regida por princípios jurídicos específicos, normatizando e racionalizando, assim, a gestão pública no sentido da maximização do interesse público. É bem verdade, entretanto, que sua aplicação não é simples, pois, como tratado, não há univocidade e determinação no conteúdo eficaz dos princípios da Administração pública, nem do próprio interesse público.

Decerto, não se está aqui a tratar das hipóteses extremas de reconhecida não-presença do conteúdo normativo principiológico no agir administrativo. São inúmeros os casos, ao menos na realidade brasileira, de flagrante inadequação da aplicação de recursos públicos, como obras sem utilidade prática, contratação excessiva e ociosidade de quadro de pessoal, concentração pública em atividades sem qualquer repercussão social etc. Para essas hipóteses, é manifesta a violação aos princípios que regem a Administração Pública, sendo menos complexo identificar seu conteúdo.

O traço de peculiaridade circunda, pois, a construção da normatividade principiológica em torno de situações em que o desvalor do princípio não é radical ou não tão evidente, a

justificar reflexão analítica de seus limites. Nessa linha argumentativa e na tentativa de dissecar seu conteúdo normativo, calha aprofundar, sem qualquer apequenamento dos demais parâmetros de performance da “boa gestão”⁵¹⁰, o princípio da eficiência, que bem densifica, ao seu modo e no âmbito próprio de influência econômico-jurídica, a prossecução do interesse público⁵¹¹.

Oportuno ressaltar que, antes mesmo de pautar o funcionamento da Administração pública, a eficiência já servia de diretriz e referência à gestão privada, sendo invocada como critério econômico a orientar a análise dos resultados. De fato, as organizações privadas, há muito tempo, trabalham a necessidade de aprimoramento da gestão a partir da observação analítica de metas e resultados, como processo diagnóstico das opções definidas ao longo do fluxo gerencial.

É a partir desse cotejo, entre ações e resultados, que se aperfeiçoa o nível de excelência do funcionamento institucional em direção aos interesses definidos a serem tutelados, centralmente, embora não exclusivamente, no âmbito privado, na ideia de ganho e lucratividade.

⁵¹⁰ Válido destacar a observação do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais)**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 127), que a correção da gestão dos recursos públicos também deve ser aferida na adequação, em si, dos recursos utilizados, sob o aspecto da qualidade, quantidade, oportunidade e menor onerosidade (economia de meios ou economicidade); bem como, a plenitude do alcance dos resultados razoavelmente propostos (eficácia). No mesmo sentido, a reconhecer o princípio da eficiência como faceta do princípio mais amplo da “boa administração”, cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

⁵¹¹ A doutrina indica a distinção fundamental entre os princípios densificadores da boa gestão: “*el control de eficacia comprueba el grado de realización de los objetivos y la relación entre los objetivos fijados y los resultados (eficacia en objetivos). El control de eficiencia (rendimiento o productividad) comprueba si es satisfactoria la relación entre los bienes y servicios producidos y los recursos empleados para ello y finalmente, el control de economía estudia la minimización de los costes de los recursos adquiridos o utilizados en función de la calidad, la cantidad, el precio y la oportunidad de su adquisición*” (cfr.: GARCIA CRESPO, Milagros. Una visión general del control público. In GARCIA CRESPO, Milagros (org.). **El control del gasto público en Europa**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005, p. 30). Não se pretende aqui estabelecer prioridades ou ordens no atendimento desses critérios, simplesmente por admitir que todas devem ser observados pela Administração Pública. Mas não se pode desconsiderar a interessante observação de JOSÉ MARÍA GORORDO BILBAO (cfr.: GORORDO BILBAO, José María. **El control de las cuentas públicas**. Madrid: Civitas, 2009, p. 333), no sentido de que, havendo conflito entre eles, deve-se conceder prioridade à eficácia, porque significa que o ente público, bem ou mal, “*está haciendo lo que se debe hacer*”. De todo modo, em termos práticos, como adverte a professora SUZANA TAVARES DA SILVA (cfr.: SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: < <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubgeral.pubview?pipubbaseid=49890>>. Acesso em: 20 Mar. 2019, p. 521), com frequência, percebe-se “a eficiência associada à economia e à eficácia, e mesmo quando utilizados como conceitos de significados diferentes – em que a economia designa o menor custo para um determinado resultado, a eficácia o alcance dos objectivos propostos com a utilização dos meios e a eficiência o melhor resultado para uma mesma estrutura de custos – o mais usual é que o seu controlo seja feito em conjunto, no contexto da mera apreciação dos actos discricionários da Administração, e, mesmo aí, confundindo-se com as dimensões concretizadoras do princípio da proporcionalidade, avaliando-se a eficácia da medida no teste da adequação e a eficiência e economia no teste da necessidade”.

Com o tempo, gradativamente, a eficiência foi sendo incorporada ao agir administrativo, como diretriz de racionalização e otimização da gestão pública. Essa passagem é marcada, conforme adverte PAULO NOGUEIRA DA COSTA⁵¹², pela transição da gestão pública para a ideia de “governança” (“*governance*”), concebida como uma “nova forma de governar”, que apresenta como elementos centrais, dentre outros, maior análise e controle de *outputs* e desempenho, ao invés de *inputs*; e a incorporação no âmbito público das práticas adotadas na gestão privada. Tem-se, assim, que “a gestão centrada no desempenho (*performance management*), e respectiva avaliação, é basilar na nova gestão pública”⁵¹³.

Nessa perspectiva, erigiu-se nova forma de pensar a Administração pública (“*new public management*”), alinhada com a importância conferida ao desempenho e resultados dessa atuação, para objetivar máxima qualidade com mínimo desembolso, e assim, promover, além do aperfeiçoamento no manejo dos recursos públicos, a percepção coletiva, tanto de gestores como de cidadãos, de que “os recursos financeiros são escassos e que, por essa razão, devem ser bem geridos; a má gestão acabará sempre por se traduzir numa sobrecarga dos contribuintes ou na oneração das gerações futuras”⁵¹⁴.

Essas modernas exigências econômicas e gerenciais de aperfeiçoamento e racionalização da gestão pública findaram por ser densificadas e incorporadas nos ordenamentos jurídicos, pela normatização constitucional e legal de critérios técnicos de boa gestão (“normatização dos princípios de boa gestão”), revelando uma conversão desses

⁵¹² Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 137-146. No mesmo sentido, Cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 38.

⁵¹³ Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 143. Reconhecem-se, assim, as virtudes do mercado como parâmetro de racionalização do agir administrativo, que, então, “é tomado como referencial de atuação do Estado, o que conduz a um mimetismo estatal dos agentes econômicos privados. Assim, procura-se configurar a *public governance* a partir da matriz da *corporate governance*” (*ibid.*, p. 147). No mesmo sentido, cfr.: GARCIA CRESPO, Milagros. Una visión general del control público. In GARCIA CRESPO, Milagros (org.). **El control del gasto público en Europa**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005, p. 31; ARENILLA SÁEZ, Manuel. Crisis de los recursos públicos, Gestión pública y tendencias privatizadoras. In ARENILLA SÁEZ, Manuel (org.). **Gasto Público y Crisis Económica**. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1994, p. 42.

⁵¹⁴ Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 145. Evidentemente, como adverte citado autor, deve-se ter cuidado para que essa lógica mais mercantilista não acabe por reduzir a gestão pública a um encontro de “custos e benefícios envolvidos (como aconteceria numa empresa privada), desconsiderando-se valores basilares do Estado de Direito democrático e republicano” (*ibid.*, p. 146). Ao enfrentamento desse risco, erige-se, ainda argumenta, o propósito humanista das finanças públicas, mediante o reconhecimento da centralidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, e, por assim dizer, da própria atividade financeira (*ibid.*, p. 174), para arrematar que “[s]ustentabilidade e humanismo são, portanto, peças-chaves na nova discussão em torno da *boa governança financeira pública*, postulando ambas um *Estado responsável*” (*ibid.*, p. 174). No mesmo sentido, cfr.: PITSCHAS, Rainer. Gestão do valor público – um conceito de governação pública baseado no valor entre a economização e o bem comum. In MOZZICAFREDO, Juan; GOMES, João Salis; BATISTA, João S. (orgs). **Interesse Público, Estado e Administração**. Lisboa: Celta Editora, 2007, p. 62-67; GORORDO BILBAO, José María. **El control de las cuentas públicas**. Madrid: Civitas, 2009, p. 437-439.

critérios em conceitos jurídicos que “passam a integrar o bloco de legalidade a que a Administração deve obediência, não podendo aqueles deixar de ser considerados pelos tribunais em sede de controlo jurisdicional da atividade do Estado-administrador”⁵¹⁵.

Com efeito, observa-se que a juridicização desses princípios serviu de alerta e, mais que sinal de qualidade positiva, condição inafastável de validade da gestão pública.

Densificando ainda mais a prossecução do interesse público, observando esses parâmetros económico-jurídicos de avaliação da gestão pública e tendo em mira a específica atividade administrativa despesista, reconhece-se especial relevância à eficiência, que, em termos de finanças públicas, pode ser compreendida como “*el grado de correspondencia entre los beneficios individuales recibidos de los servicios públicos al margen, y el coste de estos servicios impuesto a los individuos, también al margen apropiado de abastecimiento*”⁵¹⁶.

Tem-se, pois, que, ao dispor sobre impositividade da verificação da eficiência, exige-se “que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para satisfação das suas múltiplas necessidades”⁵¹⁷. Então, a eficiência apresenta-se como princípio jurídico estratificado com normatividade vinculante, abandonando sua percepção detidamente económica para se tornar condição de conformação jurídica da Administração Pública⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 195. Essa consideração suscita um debate ainda mais sensível que respeita ao conteúdo jurídico da legalidade financeira e os limites de seu controle. O tema deverá ser retomado mais adiante. Por ora, reafirma-se a reflexão em torno da legalidade substantiva, voltada a avaliar o mérito da gestão pública a partir de critérios de economia, eficiência e eficácia (*ibid.*, p. 192-194). Apesar das posições contrárias já expostas neste texto, que estariam a evidenciar a possibilidade de desvirtuamento do controle jurisdicional para a formação de um “governo de juízes”, segue-se o entendimento de plena adequação desse controle de legalidade com o princípio da separação de poderes, compreendendo, assim, que “apenas um conceito amplo de legalidade financeira é coerente com os fundamentos da Constituição da República e com os princípios aí positivados, designadamente os princípios da prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé” (*ibid.*, p. 74).

⁵¹⁶ Cfr.: BUCHANAN, James M.; FLOWERS, Marilyn R. **Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública**. Trad. Jesús Ruza Tardío e Fernando Castro. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 17. Esses autores admitem o problema da dificuldade de estabelecimento de critério para definição da eficiência, reconhecendo mesmo sua impossibilidade quando referente à dimensão da “eficiência de alto nível”, baseada na subjetividade valorativa desse critério. De outro modo, consideram a “eficiência de baixo nível”, que consiste basicamente na análise direta do custo-benefício do projeto público (*ibid.*, p. 259-265).

⁵¹⁷ Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 884. Ainda sobre o tema, referidos autores chamam a atenção para a necessidade de exigir dos gestores a prática da “boa administração”, com o destaque de que “nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída” (*ibid.*, p. 884).

⁵¹⁸ Destaque-se que DIOGO FREITAS DO AMARAL (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina 2018, p. 35-36) reconhece a juridicidade dos princípios que formam o bloco normativo da “boa administração”, em razão da expressa previsão no artigo 81º, alínea c, da Constituição portuguesa, com sua aplicação a toda Administração Pública, por força do que dispõe o artigo 5º, n.

Firma-se, assim, conteúdo jurídico-normativo disposto a estabelecer dever do gestor agir com rigor na maximização dos resultados pela adequada escolha dos meios disponíveis, conferindo efetividade aos objetivos estabelecidos⁵¹⁹. Significa, de maneira geral, “fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”⁵²⁰, expressando, assim, conteúdo de relação de meios e resultados a exigir maior benefício a partir das escolhas racionalmente mais adequadas.

Evidentemente, essa normatividade jurídica não está a impor a aplicação do princípio de forma absoluta, como fim em si mesmo. Na verdade, trata-se de princípio instrumental,

1, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015), de modo que “a atividade administrativa deve, teleologicamente, traduzir-se em atos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer de forma mais eficiente – isto é, mais racional, expedita e económica –, o interesse público constitucional e legalmente fixado, sendo que, instrumentalmente, a Administração deve ser ‘estruturada de modo a potenciar aqueles primeiros fins’”. Apesar do reconhecimento dessa normatividade jurídica ao princípio da eficiência, em linha contrária ao que aqui sustentado, citado autor rechaça a possibilidade de controle jurisdicional da eficiência técnica administrativa ou financeira da solução adotada, pois “os tribunais só podem pronunciar-se sobre a legalidade das decisões administrativas, e não sobre o mérito dessas decisões” (*ibid.* p. 35-36). Segundo esse entendimento, não se pode confundir “juridicidade” com “justiciabilidade”, porquanto a “boa administração” se apresenta como “dever jurídico que não integra o espaço de justiciabilidade, em virtude de não comportar uma proteção jurisdicional, pelo menos de modo claro” (*ibid.* p. 36).

⁵¹⁹ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais)**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 128. No mesmo sentido, PAULO NOGUEIRA COSTA (cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 184) sustenta que “a boa governança pública deve ser compreendida como novo *princípio constitucional conformador, referencial de um direito composto* apto a conciliar o Estado, a gestão e o Direito”.

⁵²⁰ Cfr.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 652. Prossegue referido autor a apontar problema na aplicação do princípio da eficiência na Administração pública, aqui não desconsiderado, que consiste na precisa identificação dos parâmetros de normatividade jurídica, pois “a dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade económica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido económico” (*ibid.*, p. 652). No mesmo sentido, a crítica de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117-118), pois, apesar de reconhecer a imprescindibilidade do princípio da eficiência, admite que “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 buliram no texto”. Esse ponto específico em relação à despesa pública será retomado mais adiante, pois, com o devido respeito, não se concorda com a concepção meramente programática da previsão constitucional, vislumbrando, com efeito, a indicação de juridicidade relevante a partir do cotejo da ponderação de bens, já exposta anteriormente, com referenciais objetivos de dimensionamento eficaz. Já a professora FILIPA URBANO CALVÃO (cfr.: CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, p. 329-341, ano VII. Porto: Coimbra Editoria, 2010. Disponível em: < https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49810 >. Acesso em: 19 nov. 2021, p. 334) aponta problema pragmático à aplicação do princípio da eficiência, pois, em termos práticos, é possível que, havendo mais de uma medida capaz de satisfazer o interesse público, ainda que uma delas o realize de modo mais intenso, por critérios de eficiência, admite-se a consideração de outros fatores, para se concluir que a medida mais idônea seja a mais onerosa quando considerados os restantes interesses, hipótese em que seria de se validar a solução que, não sendo a mais adequada, realize ainda o interesse público embora numa medida menor, mas com menores custos para os restantes bens ou interesses envolvidos.

que, por tal razão, submete-se aos juízos de ponderação de razoabilidade e proporcionalidade, adequando seu conteúdo às circunstâncias da situação concreta⁵²¹.

De todo modo, consagra-se com o princípio da eficiência parâmetro tendente à objetivação da prossecução do interesse público, pois se relaciona com a legitimidade na aplicação dos recursos públicos. Como ressalta o professor RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, essa conformidade vai além da mera adequação formal de legalidade, pois, verificando-se a correção do dispêndio público, condiciona-se o agir administrativo aos valores tutelados no ordenamento jurídico, a ponto de se exigir do gestor, como critério de validade, a escolha que melhor alcance o interesse público⁵²².

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar de alçado ao nível constitucional, o princípio da eficiência resultou de evolução do pensamento jurídico-administrativo, somente passando a constar do texto constitucional por força da Emenda Constitucional n. 19/1998⁵²³, que, então, previu-lhe normatividade através da disposição da reunião dos princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁵²⁴.

Essa profunda reforma administrativa foi construída a partir da constatação de um cenário de crise do Estado e deterioração da respectiva capacidade administrativa, exigindo mudanças “direcionadas para o delineamento de condições propícias implantação de novos formatos organizacionais e institucionais, a revisão de rotinas e procedimentos e a substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados”⁵²⁵. Consoante se colhe da exposição de motivos da proposta apresentada, a alteração constitucional tinha por finalidades centrais: a) incorporar a dimensão da eficiência na administração pública; b)

⁵²¹ Cfr.: FIGUEIREDO, Marcelo. Artigo 37. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 729.

⁵²² Cfr.: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 871. Interessante observar que, apesar de referido autor conferir especial importância aos aspectos de legitimidade e economicidade na fiscalização das despesas públicas, considera que “não se trata de *princípios*, uma vez que se cuida de meras regras de gestão pública”.

⁵²³ Interessante observar que a redação da proposta original da Proposta de Emenda à Constituição n. 173/1995, publicada no Diário Oficial de 18 de agosto de 1995, não contemplava a previsão do princípio da eficiência a orientar a Administração Pública (Vide Diário Oficial do Congresso Nacional de publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional, p. 18849).

⁵²⁴ Sobre a relevância das funções dos princípios gerais expressos no caput do art. 37 da Constituição Federal, indica JOSÉ AFONSO DA SILVA (cfr.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 647) sua dúlice função: “orientar a ação do administrador na prática de atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas”

⁵²⁵ Cfr.: BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 173, de 18 de agosto de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=210704&filename=PEC+173/1995>. Acesso em: 11 nov. 2021.

contribuir para o equilíbrio das contas públicas; c) viabilizar o federalismo administrativo; d) romper com a burocracia jurídico-administrativa; e) valorizar a qualidade e o desempenho dos serviços públicos.

A partir dessa normatização constitucional, outros diplomas legais passaram a estabelecer o princípio da eficiência a orientar, também no plano infraconstitucional, o agir administrativo⁵²⁶. À guisa de ilustração, dentre outras, pode-se mencionar: i) Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e dispõe, em seu art. 2º, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da eficiência; ii) Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência pública na administração pública federal, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão (art. 1º), sendo aplicável aos órgãos da administração pública direta federal, inclusive Poderes Executivo, Judiciário, Legislativo (também considerado o Tribunal de Contas da União), e ao Ministério Público da União; às entidades da administração pública indireta federal; e às administrações diretas e indiretas dos demais entes federados, com as condições estabelecidas na lei (art. 2º); iii) Lei n.º 14.194, de 20 de agosto de 2021, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2022, que estabelece, com destaque para os fins deste trabalho, o controle de custos orientado pela análise da relação entre a despesa pública e o resultado obtido, com a finalidade de priorizar a análise da eficiência na alocação dos recursos, e permitir o acompanhamento das gestões orçamentária, financeira e patrimonial (art. 16, parágrafo único).

Todos esses elementos indicam a ampla juridicidade do princípio da eficiência no sistema jurídico brasileiro⁵²⁷. Resta observar, mais adiante, se esse arcabouço jurídico serve ao controle externo do ato despesista e em que grau de intensidade isso ocorre, pois no âmbito interno, como já se viu, não há qualquer dúvida sobre o importante papel desempenhado na aferição da legalidade administrativa, especialmente responsável por comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal (art. 74 da CF/88).

⁵²⁶ Registre-se que, mesmo antes da previsão constitucional – estabelecida a partir da Emenda Constitucional 19/1998 –, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, já previa a exigência de eficiência na prestação de serviço público adequado ao pleno atendimento dos usuários (art. 6º, § 1º).

⁵²⁷ Um registro importante, sintoma da necessidade crescente de constitucionalização no Brasil, a Proposta de Emenda à Constituição n. 32 de 2020, em tramitação no Congresso Nacional, que propõe alargar os princípios dirigentes da Administração Pública para fazer incluir, além dos já existentes, os princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade.

Partindo a observar o cenário jurídico espanhol, verifica-se no art. 103.1, do texto constitucional, disposição semelhante a orientar a “boa administração”, dispondo, assim, que “[l] a Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Consoante posição firmada por LUCIANO PAREJO ALFONSO⁵²⁸, é significativo considerar a preocupação do texto constitucional espanhol com a atuação efetiva e eficaz dos poderes públicos, como se observa, dentre outros e além dos já mencionados, nos seguintes dispositivos: a) imposição aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas (art. 9.2 CE); b) a determinação do direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 24.1 CE); c) a fixação de critérios de eficiência e economia na programação e execução dos gastos públicos (art. 31.2 CE); d) o estabelecimento do dever de assegurar as condições para a participação livre e eficaz da juventude no desenvolvimento político, social, económico e cultural (art. 48 CE); e) a atribuição ao poder público da responsabilidade de proteger, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses económicos dos consumidores (art. 51CE); f) promoção de formas eficazes de participação dos interessados no âmbito público (na Segurança Social e na atividade dos organismos públicos cuja função afete diretamente a qualidade de vida ou o bem-estar geral) e privado (na empresa e das sociedades cooperativas, inclusive com facilitação de acesso dos trabalhadores à propriedade dos meios de produção) (art. 129 CE); g) a garantia pelo Estado da realização efetiva do princípio da solidariedade consagrado no artigo 2 da Constituição (art. 138.1 CE).

Como se observa, ao passo que a normatividade constitucional espanhola confere e exige plena efetividade à atuação do poder público, expressa e especificamente em relação à aplicação dos recursos públicos, segue a precisa obrigação de “maximalidade”, estabelecendo que “[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía” (art. 31.2 CE).

Nesse sentido, a previsão constitucional do princípio da eficiência (como elemento da justiça material) e da legalidade do gasto público marcou o abandono da compreensão da decisão despesista com conteúdo exclusivamente político para conferir-lhe juridicidade

⁵²⁸ cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, [S. l.], n. 218-219, 1989, Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5132>. Acesso em: 18 nov. 2021, p. 18.

própria⁵²⁹, superando, pois, a ideia de que a escolha pública despesista não estaria sujeita a critérios jurídicos, para, então, sedimentar o processo de “*juridificación de la actividad financiera, procurando eliminar el gasto autoritario, sin que deban confundirse con el principio de legalidad o cobertura presupuestaria, con el que se relacionan*”⁵³⁰. Consoante afirma a doutrina⁵³¹, estabelece-se a necessidade de aplicar procedimentos eficazes na gestão da despesa, mediante uma aplicação ótima desses recursos. Para tanto, “[*e*]llo supone la incorporación al aparato administrativo de técnicas de gestión operativa propias en muchos casos del sector privado, sin que ello vaya en detrimento de las necesarias cautelas puestas por el ordenamiento al actuar administrativo”⁵³².

Desse modo, revelar-se-ia juridicamente incompatível a consideração de uma decisão despesista formalmente lícita, mas que não atendesse, na sua programação e execução, ao requisito da exigência de eficiência⁵³³.

Com a positivação constitucional, não há qualquer dúvida quanto à sua impositividade jurídica, a exigir do Estado rígido cumprimento do dever de perseguir, também no campo jurídico, a proporcionalidade adequada (anteriormente simplesmente econômica) entre meios e fins, escolhas e resultados.

É nesse sentido que o parâmetro constitucional espanhol acaba por reverberar em distintos e variados diplomas legais, sempre a estabelecer a eficiência como referência de

⁵²⁹ Oportuna a observação da doutrina (cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 126-127) sobre as bases fático-jurídicas para a novidade da incorporação no texto constitucional dos critérios de eficiência e economia na programação e execução do gasto público, insistência crescente dos juristas espanhóis pela penetração do Direito na ordem da despesa pública: “*tradicionalmente, la regulación constitucional del gasto público ha quedado confinada en la programación del principio de legalidad presupuestaria. (...) Se regulaban, en suma, aspectos relativos a la legalidad formal del gasto público, sin establecer criterios orientadores de la justicia en el gasto público. Esta orfandade, siempre criticada por la doctrina, que ponía de relieve la diferencia de tratamiento entre la ordenación constitucional de los ingresos y gastos públicos, obedecía, en último extremo, a la arraigada convicción sobre la imposibilidad técnica de establecer unos principios que vincularan al legislador en el momento de aprobar las Leyes presupuestarias anuales. De forma mucho más acentuada que en el ámbito tributario, la decisión sobre los fines a que se van a destinar los ingresos públicos aparecía como una decisión substancialmente política, difícilmente reconducible a unos parámetros de generalizada aceptación. No existía en el ámbito del gasto público un principio de justicia que pudiera desempeñar un papel análogo al que, en materia de ingresos tributarios, desempeñaba el principio de capacidad económica*”.

⁵³⁰ Cfr.: MARTINEZ LAGO, Miguel Angel; GARCÍA DE LA MORA, Leonardo; ALMUDI CID, José Manuel. **Lecciones de Derecho Financiero y Tributario**. 12 ed. Madrid: Iustel, 2016, p. 102.

⁵³¹ Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019, p. 127. Acrescenta referido autor que, no domínio jurídico espanhol, o princípio da eficiência funciona como princípio econômico-financeiro da realização da boa gestão e racionalização da gestão dos gastos públicos, contribuindo para o cumprimento da função de controle respectivo (*ibid.*, p. 103)

⁵³² Cfr.: MARTIN QUERALT, Juan, *ibid.*, p. 127.

⁵³³ Cfr.: MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso. El Derecho de los Gastos Públicos. In MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso (coord). **Manual de Derecho Presupuestario y de los Gastos Públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 163. No mesmo sentido, cfr.: GORORDO BILBAO, José María. **El control de las cuentas públicas**. Madrid: Civitas, 2009, p. 437, que reconhece no art. 31.2 da Constituição espanhola a edificação dos princípios materiais da boa gestão no gasto público.

performance da despesa pública, não apenas econômica, mas, então, também jurídica, compondo o bloco de juridicidade da atuação pública. Nesse sentido, dentre outros, destacam-se alguns diplomas legais: i) Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, estabelecendo o princípio da eficiência na alocação e uso dos recursos públicos, com o fim de “*racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público*” (art. 7.2); ii) Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, que dispõe sobre “*medidas urgentes para la racionalización del gasto público en el ámbito de la educación, de conformidad con los principios de eficiencia y austeridad que deben presidir el funcionamiento de los servicios públicos*” (art. 1); iii) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que determina a todos os agentes no exercício de função pública⁵³⁴ o respeito ao disposto na Constituição espanhola e no resto do ordenamento jurídico e a promoção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, estatuinto, dentre outras condições de “boa gestão”, a atuação com transparência na gestão da coisa pública em conformidade com o princípio da eficiência e com o objetivo de satisfazer o interesse geral (art. 26).

Obviamente, essas referências não esgotam o acervo normativo instituído sobre influxo do princípio da eficiência⁵³⁵, mas, antes, servem a demonstrar, para além do texto

⁵³⁴ A delimitação subjetiva precisa do alcance da Ley 19/2013, de 9 de diciembre vem definida no art. 2º, sendo aplicável a: “a) *La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local*; b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social*; c) *Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad*; d) *Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas*; e) *Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*; f) *La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*; g) *Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100*; h) *Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones*; i) *Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título*”.

⁵³⁵ A propósito calha registrar importante instrumento elaborado pela Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado, denominado “*Control del Gasto de la Administración del Estado*”, com edição atualizada para 05 de novembro de 2021, publicada pela Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado da Espanha (disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=112&modo=2¬a=0), que compila, de forma ordenada e sistematizada, os textos normativos oficiais sobre a matéria, designadamente sobre: 1. disposiciones generales del gasto público; 2. principales procedimientos de gasto público (2.1. contratación administrativa, 2.2. gastos derivados de subvenciones, 2.3. gastos derivados de

constitucional, a reafirmação do peso de juridicidade que se atribui à eficiência da gestão, da aplicação dos recursos públicos disponíveis e da exigência de racionalidade legitimadora do ato despesista.

Em Portugal, seguindo a tendência narrativa jurídica e sócio-econômica já exposta, parte-se desde a década de oitenta para a formação de um novo direito administrativo, que se distancia do antigo modelo de Estado puramente burocrático, prestador e hipertrofiado, para se aproximar de um ideal neoliberal, mais afeito a ideias de privatização, desregulação, racionalização, eficiência e eficácia da gestão⁵³⁶. É nesse contexto, com a evidência aditiva da reconhecida insuficiência de recursos para o pleno atendimento das funções estatais, que emergem no final do século XX discussões sobre a “economização administrativa”, expressa “com uma muito maior atenção aos aspectos económicos de tal atividade, em nome de uma análise muito mais cuidada de seus custos e da sua ponderação em face dos respetivos benefícios e, nestes termos, pela eficiência e efetividade da atuação administrativa”⁵³⁷.

Não obstante essa percepção, no ordenamento jurídico português, de modo distinto dos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, o princípio da eficiência no âmbito público, ao nível constitucional, não decorre de firme previsão, cingindo-se a ser extraído do conteúdo normativo do artigo 267.º da Constituição portuguesa, que trata da definição da estrutura administrativa, designadamente a partir dos deveres públicos de tendência à desburocratização, facilitação da participação dos interessados na sua gestão efetiva e racionalização dos meios a utilizar pelos serviços.

Desse modo, como reconhece a professora SUZANA TAVARES DA SILVA⁵³⁸, a Constituição portuguesa “não consagra expressamente a necessidade de a despesa pública se subordinar a critérios de eficiência, limitando-se a prescrever critérios para elaboração do

personal, 2.4. gastos derivados de operaciones patrimoniales, 2.5. convenios de colaboración y encomiendas de gestión); 3. ejecución y gestión presupuestaria – procedimientos (3.1. procedimientos especiales: caja fija y pagos a justificar, 3.2. compromisos de gastos con cargo a ejercicios posteriores, 3.3. créditos destinados a gastos reservados, 3.4. contabilidad, 3.5. registro de facturas, 3.6. procedimiento de pago); 4. control del gasto público (4.1. transparencia y buen gobierno, 4.2. control interno, 4.3. control externo); 5. responsabilidad fiscal.

⁵³⁶ Cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 31-32.

⁵³⁷ Cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 35.

⁵³⁸ Cfr.: SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: <<https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubgeral.pubview?pipubbaseid=49890>>. Acesso em: 20 Mar. 2019, p. 524. Afirma, ainda, mencionada autora que “o legislador constituinte acaba também por não autonomizar o critério da eficiência no contexto da organização administrativa, diluindo-o em fórmulas de conteúdo impreciso como ‘evitar a burocratização’ (art. 267.º/1), ‘descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção’ (art. 267.º/2) ou ‘processamento da actividade administrativa (...) [segundo] a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços’” (ibid., p. 526).

Orçamento do Estado que garantam a respectiva conformidade com as directrizes da lei de enquadramento orçamental”.

No entanto, essa condição constitucional implícita da atuação administrativa não se revela suficiente para se concluir pela fragilidade de sua força normativa, pois, como sustentam FERNANDA PAULA OLIVEIRA E JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, “o princípio da eficiência faz hoje parte do ‘bloco de legalidade’ que constitui o *princípio da juridicidade*, que exprime de uma forma mais geral a submissão da Administração à lei e ao Direito, não podendo o direito administrativo renunciar ao critério da eficiência”⁵³⁹.

Ressalte-se, apenas para enfatizar o óbvio, que essa linha de ideias também se aplica à despesa pública, porquanto cultivar o princípio da eficiência é condição ínsita à sua própria legitimidade, pois, conforme afirma doutrina tradicional, “sob o ponto de vista da justiça, as despesas públicas só são legítimas, quando são proporcionadas às utilidades que vão produzir”⁵⁴⁰.

De todo modo, coube, então, ao Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015), seguindo tendência do direito comparado, estender a força normativa do princípio da eficiência (art. 5º) a toda a atividade da Administração Pública portuguesa (art. 2º), consagrando, assim, o princípio maior da “boa administração”, que se traduz na ideia de que a atividade administrativa deve, teleologicamente, expressar-se por atos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais eficiente (racional, expedita e econômica) o interesse público⁵⁴¹.

Firma-se, assim, com todas essas considerações, o entendimento da plena dimensão jurídica do princípio da eficiência aplicável à atuação da Administração pública *lato sensu*, e, por assim dizer, da execução da despesa pública. É o que se vem afirmando ao longo deste trabalho, agora com amparo nas palavras da professora SUZANA TAVARES DA SILVA⁵⁴², que “a eficiência é hoje um critério do agir administrativo, impondo à Administração que

⁵³⁹ Cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 36-37.

⁵⁴⁰ Cfr.: MARQUES, Hernani; MANSO, Paiva; FERREIRA, Bacelar. **Lições de Finanças e Direito Fiscal**. Coimbra: Atlântida, 1932. p. 101. Referidos autores ainda indicam, para além da jurídica, outras condições de legitimidade das despesas públicas, a saber: política, manifestada pela exigência de aprovação e discussão, fiscalização (legislativa, administrativa e judicial) e publicidade despesista; e econômica, a estabelecer que sejam proporcionadas à potencialidade econômica da Nação e que atendam às necessidades por ordem decrescente de intensidade (ibid, p. 93-102).

⁵⁴¹ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina 2018, p. 35-36.

⁵⁴² Cfr.: SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: <<https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubgeral.pubview?pipubbaseid=49890>>. Acesso em: 20 Mar. 2019, p. 528.

paute as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício e até gestão do risco”.

Com efeito, percebe-se a inegável juridicidade do princípio da eficiência, abandonando a ideia de simples orientação da gestão pública, para passar a balizar como condição de validade a inteireza da atuação administrativa. Nesse estágio reflexivo, então, não se discute mais a vinculação estatal aos critérios de adequação aos resultados de sua função, aquilatando sua performance como medida de conformação jurídica.

Decorre dessa afirmação reflexão fundamental à compreensão dos limites jurídicos do ato administrativo praticado: reconhecida a fundamentalidade jurídica do princípio da eficiência, qual o limite de cognoscibilidade jurisdicional? É possível que o controle externo da Administração pública, notadamente aquele exercido por órgãos jurisdicionais, avance na análise do mérito da escolha administrativa sob o prisma da eficiência? Em outras palavras, a eficiência pode ser considerada fundamento de invalidação externa de ato administrativo despesista?

Saliente-se que esse ponto se revela essencial ao descortinamento da conformação jurídica da despesa pública, pois, como já exposto, o propósito central da presente tese consiste em dissecar o ato despesista multidisciplinar e extrair-lhe, cirurgicamente, apenas seus aspectos jurídicos. Para isso, embora evidenciado que o princípio da eficiência revela juridicidade efetiva, é preciso analisar se essa condição constitui mera diretriz norteadora do agir administrativo ou se efetivamente vincula, com nota de legalidade, a atuação despesista.

Com essa perspectiva, imprescindível também observar qual tratamento vem sendo conferido pelos Tribunais (constitucionais e de contas) nos Estados aqui adotados como paradigmas (Brasil, Portugal e Espanha), a se perceber em que medida coincidem com as posições doutrinárias expostas.

Evidentemente, para os fins deste trabalho, há a necessidade de recorte da análise da aplicação do princípio da eficiência, devendo ela se restringir, para permitir uma melhor comparação, aos órgãos que guardam semelhança nos Estados nacionais citados, a saber Tribunais constitucionais (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Constitucional de Portugal e Tribunal Constitucional de Espanha) e Tribunais de Contas (Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas de Portugal e Tribunal de Cuentas de Espanha) respectivos.

Ainda racionalizando a pesquisa, restringe-se a análise à aplicação do princípio da eficiência a situações fático-jurídicas relacionadas a atos despesistas ou escolhas públicas que resultem dispêndio de recursos, evitando, assim, o distanciamento para áreas de controle de

atos administrativos que não importem diretamente na afetação de má-utilização de dinheiros públicos.

2. A aplicação do princípio da eficiência no controle externo das despesas públicas: a jurisprudência dos Tribunais no Brasil, Portugal e Espanha

O conteúdo do princípio da eficiência se estabelece, como visto, no balanço de performance da gestão, mais precisamente, aproximando-se aos fins deste texto, na otimização da equação entre meios escolhidos e fins estabelecidos. Note-se, portanto, que a margem de controle está fincada na escolha realizada, porque o fim planejado já é aquele condizente com o interesse público, fixado por prévia atuação estatal. De outro modo, a compatibilidade entre os resultados, almejado e alcançado, respeita ao plano de eficácia.

A um primeiro olhar, pode-se imaginar que a escolha pública despesista apenas compreende os meios adotados para se alcançar determinado resultado. Em um exemplo simples, se o gestor cuidou de definir o melhor projeto de uma obra pública, melhor forma de contratação e de escolher a melhor empresa para sua execução. Mas, também, a escolha pode ser percebida entre as alocações dos dispêndios, sem se confundir com a definição das necessidades públicas, que constitui função tipicamente política. Decerto, incumbe ao gestor decidir a oportunidade e conveniência do dispêndio público. A ele, cabe definir se o enfrentamento de determinada enfermidade pandêmica dar-se-á mediante prevenção (aquisição de equipamentos de proteção individual) ou através de fortalecimento do sistema de saúde (estruturação de unidades médicas). Não é dessa escolha que se está a referir-se, mas, sim, daquelas situações em que há manifesta desproporção entre as opções, como, por exemplo, constata-se na despesa com serviços de lazer e acolhimento de turistas em meio a circunstâncias de restrições sanitárias de circulação de pessoas em razão de risco de contaminação por vírus altamente contagioso. Nesse caso, a escolha também se sujeita ao controle, deslocando o critério puramente político para o campo da juridicidade⁵⁴³.

Com esse conceito, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA⁵⁴⁴ denomina de “controle da eficiência”, sujeitando a Administração a um controle de qualidade, devendo bem gastar os

⁵⁴³ Cfr. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 489-490.

⁵⁴⁴ Cfr. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 497.

recursos e de forma apropriada aos ditames constitucionais, não apenas do ponto de vista formal, mas, também, em termos de resultados.

Nesse cenário, reafirma-se papel fundamental conferido aos tribunais na definição dos parâmetros de “boa governança”, voltada a consolidação do Estado de Direito e garantia dos direitos sociais. Assim, são “convocadas para a discussão em torno da *good governance* problemáticas como a da *justicialização do direito financeiro* ou a da *financiarização da avaliação de políticas públicas*”⁵⁴⁵. Esse controle passa a privilegiar a aferição do mérito da gestão, com a análise voltada à avaliação de programas e políticas públicas sob o escrutínio dos parâmetros de performance (economia, eficiência e eficácia)⁵⁴⁶.

Observe-se, no entanto, que não constitui objetivo do levantamento jurisprudencial proposto exaurir a posição dos tribunais sobre o tema do controle de eficiência da despesa pública, tampouco esboçar evolução histórica sobre os entendimentos já firmados. Isso não se revela oportuno nem conveniente, haja vista a vastidão de precedentes⁵⁴⁷ e a heterogeneidade circunstancial dos julgamentos, especialmente em razão da pluralidade de fatores jurídicos, sociais e econômicos que necessariamente deveriam ser considerados para o estabelecimento de conclusão séria e fidedigna do entendimento de cada tribunal.

A ideia aqui é mais simples, assumindo a análise dos precedentes mais significativos em cada Tribunal sobre o problema exposto e suas variantes, buscando, assim, diagnosticar, em tempos atuais, o alcance do referencial teórico sobre a aplicação prática.

Antes, porém, uma nota ainda se apresenta necessária sobre o critério adotado para definição dos Tribunais prolores dos julgamentos investigados. Para já, importa reafirmar

⁵⁴⁵ Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 140.

⁵⁴⁶ Cfr.: COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017, p. 142. Nesse contexto, referido autor reconhece relevante papel do Tribunal de Contas, como um *tribunal de good governance*, especialmente incumbido de: “(i) assegurar controlo (prévio, concomitante e sucessivo) da regularidade e da legalidade substancial da gestão financeira pública, complementarmente a atividade dos órgãos de controlo interno; (ii) avaliar o desempenho das entidades públicas; (iii) avaliar programas e políticas públicas; (iv) julgar por infrações financeiras. Estas tarefas deverão, por sua vez, ser desenvolvidas de um modo apto a contribuir para: (i) a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos; (ii) o aprofundamento da democracia económica, social e cultural; (iii) a garantia da justiça financeira; (iv) uma cidadania financeira ativa” (ibid., p. 181). A finalidade não é apenas fiscalizar para atribuir responsabilidade, mas, também, para servir de fonte de informação aos “*policy makers*”, de modo que “*las instituciones de control generan información relevante para el conocimiento de las ineficacias de las estructuras administrativas que debe ser utilizada por los gobiernos para avanzar en el logro de la eficacia*” (cfr.: GARCIA CRESPO, Milagros. Una visión general del control público. In GARCIA CRESPO, Milagros (org.). **El control del gasto público en Europa**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005, p. 27).

⁵⁴⁷ Foram consultados acórdãos a partir da pesquisa de dois conjuntos de palavras-chave: “eficiência” e “gasto público” e “eficiência” e “despesa pública”. Os resultados refletiram, de certo modo, a natureza funcional de cada órgão: a) “eficiência” e “gasto público” - STF: 09 acórdãos; TCU: 197 acórdãos; TCP: 02 acórdãos; TCUP: 707 acórdãos; TCE: 08 acórdãos; TCUE: 484; b) eficiência e “despesa pública” - STF: 32 acórdãos; TCU: 1.023 acórdãos; TCP: 80 acórdãos; TCUP: 527 acórdãos; TCE: 00; TCUE: 00.

que, para cada Estado nacional observado (Brasil, Portugal e Espanha), foram pinçados os Tribunais Constitucionais e de Contas⁵⁴⁸.

A indicação da análise da atuação das Cortes Constitucionais deveu-se à necessidade de perscrutar a posição dos órgãos jurisdicionais superiores, responsáveis por realizar, quando provocados, juízo de conformação das regras positivas estatais com a normatividade constitucional. Assim, vislumbra-se a pertinência de se lançar o olhar sobre o entendimento que vem sendo firmado pelos Tribunais Constitucionais em matéria de controle da eficiência do ato despesista, designadamente na análise de textos legais tendentes a flexibilizar essa exigência normativa.

De outro modo, por razões óbvias, a análise da jurisprudência⁵⁴⁹ do Tribunal de Contas apresenta-se obrigatória, praticamente com margem de discricionariedade acadêmica reduzida a zero, haja vista sua função constitucional de zelar pelas contas públicas e correta aplicação dos dinheiros públicos. Assim, refletir sobre as posições mais recentes sobre o tema contribui para compreender qual a intensidade do controle sobre a gestão dos recursos públicos. Não se desconhece, conforme já exposto, que os Tribunais de Contas dos Estados analisados, embora exerçam controle externo, não têm a mesma função jurídica, pois, como se sabe, o Tribunal de Contas de Portugal e o Tribunal de Contas da Espanha exercem função

⁵⁴⁸ A pesquisa foi realizada nos sítios dos respectivos tribunais: Brasil: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>, <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>; Portugal: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx>; Espanha: <https://hj.tribunalconstitucional.es/>, <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ>.

⁵⁴⁹ Em sentido estritamente jurídico-científico, não se revelaria adequado considerar “jurisprudência” o entendimento firmado por órgãos não investidos de função jurisdicional. No entanto, o sentido aqui adotado mais se aproxima do conjunto de precedentes que orientam a tomada de decisão no âmbito do controle dos atos despesistas. Desse modo, ainda que se tratem, em alguns momentos, de decisões não jurisdicionais proferidas pelo Tribunal de Contas, convencionou-se o tratamento jurisprudencial apenas para fins de indicar o alinhamento decisório do órgão controlador. Ressalte-se, ademais, que, em Portugal, o Tribunal de Contas também exerce função jurisdicional, contribuindo, assim, para a efetiva formação jurisprudencial. Além disso, no Brasil, por força do disposto no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42), instituiu-se dever de segurança jurídica na atuação controladora, determinando que “os julgamentos administrativos sobre casos semelhantes sejam isonômicos àqueles dantes proferidos, sob pena de macular a própria validade da decisão” (cfr. MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. 1.], p. 243–274, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77657. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 265). Com isso, “todos os órgãos e entidades administrativas equivalentes a tribunais - *rectius*: colegiados decisórios -, sem exceção, desde os Tribunais de Contas até o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), bem como conselhos de contribuintes, corregedorias e agências reguladoras, foi atribuído o dever processual de prestigiar a segurança jurídica advinda da estabilidade de decisões anteriores, que precisam se tornar uniformes com o decorrer do tempo (a mesma forma e o mesmo conteúdo decisório)” (*ibid.*, p. 265). Com essas considerações, verificada a relevância dos precedentes para orientação e vinculação jurídica (jurisdicional ou administrativa), firmam-se, pois, as razões para a utilização da expressão “jurisprudência”, indistintamente, para tribunais com função jurisdicional ou não.

heterogênea⁵⁵⁰, a depender do tipo de controle realizado; e o Tribunal de Contas da União⁵⁵¹ tem atuação não jurisdicional. Ainda assim, mesmo considerando os poderes não jurisdicionais desses Tribunais, pelas competências que lhe são outorgadas, exerce relevantíssimo papel no controle das contas públicas, o que justifica a análise indistinta da jurisprudência emanada desses órgãos estatais.

a) Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é alçado pela Constituição Federal ao patamar de órgão máximo da estrutura judicial, competindo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102 CF/88), exercendo, com relevância para os fins deste texto, dentre outras, as competências de processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I); e julgar recurso extraordinário sobre as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida tiver por fundamento questão constitucional (art. 102, III).

Observa-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal atua, não apenas como Corte Constitucional, responsável pela análise em abstrato da constitucionalidade das normas, mas, também, dedica-se à análise recursal extraordinária, apresentando-se como instância julgadora última, quando estabelecida controvérsia sobre a correta interpretação do dispositivo constitucional e/ou sobre a compatibilidade de interpretação conferida ordinariamente com o texto constitucional.

Essa observação mostra-se particularmente importante a perceber que, não raro, os precedentes do Supremo Tribunal Federal são tomados em um contexto processual absolutamente pontual, sem traços globalizantes. É bem verdade, entretanto, que essa afirmação não é estática, haja vista que, nos últimos anos, o ordenamento jurídico brasileiro

⁵⁵⁰ Sobre a tipologia e natureza jurídica da atuação do Tribunal de Contas português, cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. Tipologia e Natureza Jurídica dos Atos Praticados pelo Tribunal de Contas. In ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores da (coords). **A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2021, p. 87-126.

⁵⁵¹ A opção pelo Tribunal de Contas da União, a despeito da existência dos Tribunais de Contas locais (Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, em algumas localidades), teve por intenção extrair o entendimento que vem sendo firmado ao manejo de recursos federais em todo território nacional. Do contrário, seria impossível firmar qualquer posição mais sólida e homogênea diante da pluralidade de entendimentos desses Tribunais no controle dos recursos públicos no âmbito local.

vem se aproximando do sistema de *commom law*⁵⁵², para, através da força vinculante dos precedentes, objetivar cada vez mais sua atuação e se dedicar à análise de questões puramente constitucionais.

Partindo, então, à análise dos precedentes com o olhar voltado ao controle da eficiência do dispêndio público, observa-se a inexistência de acervo jurisprudencial sólido sobre o tema, possivelmente porque a atividade legislativa cuida de observar a aplicação do princípio.

De todo modo, pontualmente, alguns precedentes sinalizam interessantes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a reflexão lançada, ainda que não focando diretamente a aplicação dos recursos sob o prisma das finanças públicas.

De início, pouco tempo após a positivação do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, chama a atenção a posição então adotada pela Corte Suprema, no julgamento do **Mandado de Segurança n. 23981**⁵⁵³, no sentido de reconhecer que o critério da eficiência não se sobrepunha à discricionariedade administrativa, cabendo, na situação concreta, aos Presidentes de Tribunais, “o poder de decisão sobre a conveniência e oportunidade na escolha de servidores para desempenharem funções extraordinárias relacionadas com o interesse da administração”, para fins de recebimento de diárias e ressarcimento de despesas de viagens.

Essa ideia acabou por se firmar como fundamento de limite e autocontenção da Suprema Corte, a revelar a excepcionalidade da atuação jurisdicional. Com esse entendimento, então, no julgamento do **Recurso Extraordinário n. 837311**⁵⁵⁴, reconheceu-se a discricionariedade administrativa para, respeitando-se as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que o Estado julgasse mais adequado ao interesse da coletividade – inclusive para não provê-las, em razão de insuficiência financeira para custeá-las ou pela necessidade de extingui-las, por não se mostrarem mais servíveis ao funcionamento

⁵⁵² É o que se observa da previsão de possibilidade de súmula vinculante, estabelecida no art. 103-A (incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004), que autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ainda nesse sentido, estabeleceu-se filtro de conhecimento do recurso extraordinário (art. 102, § 3º), segundo o qual o recurso somente será analisado se o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (transcendência econômica, política, social ou jurídica dos interesses do processo) e suas alegações forem acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 1035 do Código de Processo Civil). A conclusão desse julgamento, então, deverá ser observada obrigatoriamente pelas instâncias inferiores nas causas que envolvam a mesma causa de pedir jurídica (art. 927 do Código de Processo Civil).

⁵⁵³ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança n.º 23.891**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 19 fev. 2004. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁵⁴ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 837.311**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 19 dez. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

administrativo. No entanto, conferiu adequado realce a reconhecer que essa discricionariedade não se restringe ao juízo de conveniência e oportunidade, mas também deve se compatibilizar com as demais normas constitucionais. Com essa linha de raciocínio, concluiu que “o Poder Judiciário não deve atuar como ‘Administrador Positivo’, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração”, configurando, assim, escolha legítima que, como regra, não encontra obstáculo constitucional.

Partindo-se mais ao campo das finanças públicas, no julgamento da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 272**⁵⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal rejeitou pedido que buscava reconhecimento de omissão da legislação do Município de São Paulo (Lei n.º 7.213/68) em criar, no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Ministério Público especial, pugnando, assim, pela aplicação da simetria dos artigos 73, § 2º, I, 75 e 130 da Constituição Federal. Sem aprofundar aqui no aspecto central do mérito do julgamento, que acabou por reconhecer a inexistência de paralelismo entre o modelo federal estabelecido ao Tribunal de Contas da União e o do Tribunal de Contas do Município, conferiu ênfase ao entendimento de que “o incremento de novo órgão na esfera da competência municipal, sem que se demonstre real necessidade de sua criação, compromete os gastos públicos de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal e atenta contra a eficiência da Administração Pública”.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a analisar uma série de alterações legislativas, voltadas a promover ajustes nas finanças públicas em razão do desequilíbrio nas contas públicas no contexto da pandemia do covid-19, especialmente em razão da edição da Lei Complementar n. 173/2020, que promoveu relevantes alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). No julgamento conjunto das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6442, 6447, 6450 e 6525**⁵⁵⁶, impugnava-se, dentre outros dispositivos, a constitucionalidade dos artigos 7º, primeira parte (que restringia, com reconhecimento de nulidade de pleno direito, atos de aumento de despesa pública), e 8º, da lei 173/2020, em que se sustentava que o congelamento de remuneração de servidores violava o princípio da eficiência na prestação do serviço público. O Tribunal concluiu pela constitucionalidade dos dispositivos, julgando improcedentes as ações, firmando entendimento de que as normas apresentavam nítido propósito de tutelar a sustentabilidade financeira e

⁵⁵⁵ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 272**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 25 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁵⁶ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6442, 6447, 6450 e 6525**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 15 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

garantir a equidade intergeracional de todos os entes da federação, canalizando, assim, esforços despesistas para políticas públicas de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19. Rechaçou, assim, a alegação de violação ao princípio da eficiência, reconhecendo, em verdade, na norma impugnada, conteúdo de direito financeiro a condicionar esforço orçamentário dos entes federados no enfrentamento da pandemia, pois o princípio constitucional da eficiência se estabelece na busca pelo bem comum, por meio de uma atuação “imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização.”

Aliás, nesse ponto, observa-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5468**⁵⁵⁷) posição de respeito às funções políticas estatais, reconhecendo a ausência de capacidade institucional para interferir na definição de receitas e despesas, por entender que, em regra, no plano orçamentário, “a função de definir receitas e despesas do aparato estatal é uma das mais tradicionais e relevantes do Poder Legislativo, impondo-se ao Poder judiciário, no caso, uma postura de deferência institucional em relação ao debate parlamentar”. Nesse julgamento, o Tribunal firmou entendimento, com repercussão geral, resultando na formulação de tese vinculante de que “salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e §4º, da Constituição Federal”.

Ainda na esteira do reconhecimento da fundamentalidade do funcionamento instituições, admitiu o Supremo Tribunal Federal a especial condição do Tribunal de Contas, que se revela essencial ao Estado de Direito. No julgamento do **Mandado de Segurança n.**

⁵⁵⁷ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.468**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 30 jun. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021. Ainda, colhe-lhe do inteiro teor do acórdão, relevante aos fins deste texto: “Como se sabe, o sistema orçamentário constitucional estabelece o convívio harmonioso de três diplomas legislativos da mais alta significação, todos de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, Art. 165, caput e incisos I a III): (i) o plano plurianual, (ii) a lei de diretrizes orçamentárias e (iii) a lei orçamentária anual. O fio condutor que une teleologicamente tais atos normativos, e que inspirou o constituinte de 1988 notadamente à luz do exemplo alemão (TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Vol. V O orçamento na Constituição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 78), consiste na busca pelo planejamento e pela programação na atividade financeira do Estado, de modo a concretizar os princípios da economicidade e da eficiência na obtenção de receitas e na realização das despesas públicas, indispensáveis à satisfação dos interesses sociais por uma Administração Pública guiada pelo moderno paradigma do resultado”.

33.340⁵⁵⁸, discutia-se, no âmbito do controle externo da Administração Pública, o poder do Tribunal de Contas da União de requisição de documentos sobre operações financeiras realizadas pelas empresas impetrantes, que entendiam que os dados estavam acobertados pelo sigilo bancário e empresarial. Sem adentrar no mérito do julgamento, extrai-se de seus fundamentos o relevante papel atribuído ao Tribunal de Contas no Estado Democrático de Direito, no passado, mais restrito ao campo da legalidade estrita, puramente formal, mas que hoje se consubstancia em órgãos que “implementam um autêntico controle de legitimidade, economicidade e de eficiência, porquanto devem aferir a compatibilidade dos atos praticados por aqueles que são controlados com a plenitude do ordenamento jurídico, em especial com a moralidade, eficiência, proporcionalidade”.

A análise dos precedentes da Suprema Corte permite projetar a construção do edifício institucional, e suas nuances, do controle da eficiência na execução do gasto público. Obviamente, no âmbito do paradigma constitucional, não é possível perceber a dimensão ordinária de exame do ato despesista, que incumbe, por vocação constitucional, ao Tribunal de Contas. Assim, justificam-se, a um só tempo, as poucas referências jurisprudenciais sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o expressivo volume de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União.

Sobre o Tribunal de Contas da União, além das informações já expostas, calha destacar, especificamente quanto ao ponto aqui tratado, que a ele incumbe, nos termos do artigo 71 da Constituição Federal, exercer o controle externo das contas públicas⁵⁵⁹, fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União; aplicar sanções aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; e assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; tudo com vistas a contribuir para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 CF/88).

A análise dos precedentes colhidos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União não revela um conceito bem definido da aplicação do princípio da eficiência ao gasto público, mediante exposição argumentativa da aplicação jurídica aos fatos despesistas sindicados. Por

⁵⁵⁸ Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 33.340**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 26 mai. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁵⁹ Nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, “[p]restará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.

essa razão, válida a crítica de FLÁVIO GARCIA CABRAL⁵⁶⁰ de que, na composição jurisprudencial da Corte de Contas, “como regra, a utilização da eficiência se dá de maneira retórica”, dificultando a captação do sentido de sua aplicação.

Desse modo, repita-se, nos julgamentos a seguir expostos, as considerações jurídicas estão tão imbricadas aos contextos fáticos que há dificuldade em revelar seu conteúdo.

No julgamento da **Representação n.º 015.818/2020-9**⁵⁶¹, o Tribunal de Contas da União reafirmou a necessidade de o gestor público, no exercício da função despesista, sopesar os valores impostos à Administração, materializados nos princípios da legalidade, moralidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, em cotejo com o princípio da eficiência, “sob o qual deve o administrador buscar sempre o *melhor* resultado, com o menor custo *possível*”.

Com essa perspectiva de aferição da performance da atividade administrativa, o Tribunal de Contas se projeta na análise das escolhas públicas, que sucumbem diante da exigência de eficiência. É o que se observa, por exemplo, no julgamento da **Representação n.º 031.306/2020-9**⁵⁶², em que se admitiu controle de eficiência da contratação pública de serviço de fornecimento de imagens de satélites, em razão da existência da prestação do serviço por outro órgão, não demonstrada, portanto, a imprescindibilidade da despesa. Considerou, assim, à conformação da despesa com a eficiência no manejo dos recursos públicos, imprescindível a demonstração da “*vantajosidade da opção escolhida frente a alternativas*” (**Representação n.º 025.778/2014-5**⁵⁶³).

⁵⁶⁰ Cfr.: CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 1, p. 151–174, 2018. DOI: 10.12660/rda.v277.2018.74805. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/74805>. Acesso em: 21 nov. 2021, p. 169.

⁵⁶¹ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 015.818/2020-9**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 25 nov. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁶² Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 031.306/2020-9**. Relator: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 23 set. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁶³ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 025.778/2014-5**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 21 out. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021. Essa exigência de demonstração da eficiência dos meios à luz dos resultados projetados também restou assentada no julgamento do **Relatório de Monitoramento n.º 009.659/2019-6** (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Monitoramento n.º 009.659/2019-6**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 12 ago. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021), em que se propôs recomendação ao Ministério das Relações Exteriores para que, “quando da abertura de novas representações no exterior, sejam realizados estudos prévios de forma a demonstrarem análise de viabilidade de seu custo-benefício, visando à verificação de suas finalidades, de forma a atender aos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade (Constituição Federal, art. 37, *caput*), bem como da economicidade (Constituição Federal, art. 70, *caput*)”; e ao Ministério do Turismo para que “conceba e implemente, anualmente, seu planejamento estratégico, onde sejam estabelecidas diretrizes e estratégias para a

Desse modo, a compreensão firmada pelo Tribunal de Contas da União não retira do gestor a margem de liberdade de, no exercício de sua discricionariedade, proceder à escolha da opção que melhor atende ao interesse público (**Desestatização n.º 000.350/2021-4**⁵⁶⁴). No entanto, essa decisão administrativa não se encontra imune ao crivo analítico do controle (**Representação n.º 015.513/2010-6**⁵⁶⁵). Segue-se assim, o entendimento de que, não obstante reconheça a vocação natural e discricionária da Administração pública na definição de políticas públicas, fornecimento de bens e serviços e escolhas públicas despesistas, o Tribunal se posiciona pela possibilidade de apreciação do conteúdo do ato administrativo discricionário, quando a Administração “afasta-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete, entre os quais os da motivação, da *eficiência* e da economicidade” (**Relatório de Auditoria n.º 003.632/2015-6**⁵⁶⁶).

implementação de ações ligadas à Política Nacional de Turismo, com a previsão de metas e indicadores de desempenho para cada uma dessas, de maneira a aferir o resultado obtido no respectivo período, em face de se adequar às práticas de boa governança e do *princípio da eficiência* previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”.

⁵⁶⁴ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Desestatização n.º 000.350/2021-4**. Relator: Ministro Raimundo Carneiro. Julgamento em 25 ago. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021. Nesse caso, em que discutiu a viabilidade de realização de licitação de concessão de exploração da tecnologia de 5ª geração (5 G) de rede de internet móvel, a conclusão do Tribunal foi de que, no cenário de incertezas e controvérsias sobre a escolha administrativa, devidamente justificada, não havendo indícios de outra opção mais vantajosa, “o TCU deve adotar a autocontenção e prestigiar as escolhas do formulador da *política pública*, desde que feitas dentro do espaço hermenêutico que o texto da norma permite e acompanhadas das necessárias fundamentações. - Ausência de constatação de irregularidades graves que impeçam a realização da licitação do 5G. Identificação de irregularidades sanáveis, riscos e fragilidades que requerem providências, algumas imediatas e outras mediatas. - Expedição de determinações corretivas, recomendações e ciências à Anatel e ao Ministério das Comunicações”.

⁵⁶⁵ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 015.513/2010-6**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 09 jun. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁶⁶ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 003.632/2015-6**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 17 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021. Por relevante, transcreve-se trecho do acórdão de julgamento, que faz alusão ao voto proferido no Acórdão 3697/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues: “[é] inerente ao Poder Executivo a perspectiva constitucional de reger as políticas públicas, estabelecendo seus matizes e formas de implementação. O controle da ação governamental exerce-se a partir de mecanismos constitucionais, tendo como principais protagonistas o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União. Trata-se de controle que se espalha sobre as searas política e técnica. No caso do controle externo, o crivo é eminentemente técnico. Visa à conformidade da ação administrativa com a lei. Não pode e não deve o TCU obstar a aplicação das políticas públicas por critérios de conveniência e oportunidade, mas sim por violação à lei”. No mesmo sentido, cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Tomada de Contas Especial n.º 024.964/2010-7**. Relator: Ministro Raimundo Carneiro. Julgamento em 29 set. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021: firmou-se o entendimento de que “[a] opção pela intermediação onerosa afrontou o princípio da economicidade, o qual, apesar de não estar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, impõe-se como essencial à boa e regular gestão dos recursos e bens públicos e integra-se diretamente com o princípio da eficiência. (...) a existência desse princípio na gestão pública autoriza o TCU a examinar as decisões administrativas que permitiram gastos com dinheiro do erário, a fim de fiscalizar a conduta do gestor e evitar a execução de despesas antieconômicas.

Percebe-se, pois, a indicação de certa complexidade na aplicação do princípio da eficiência e os limites estabelecidos à legalidade estrita. Em interessante precedente (**Acompanhamento n.º 016.758/2020-0**⁵⁶⁷), o Tribunal de Contas da União, ao considerar a possibilidade de alocação desequilibrada de recursos públicos e de consequente realização de gastos indevidos e desnecessários, em detrimento de outros que poderiam ser, inclusive, mais urgentes do que a opção escolhida pelo gestor, o Tribunal admitiu, a fim de viabilizar a concretização do interesse público, que o princípio da legalidade estrita cedesse espaço a outros princípios. Reconheceu, assim, que, “*na busca da melhor solução para a situação concreta, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público em toda a sua plenitude, o princípio da legalidade estrita acaba perdendo força frente a outros princípios*”.

De outro modo, diferentemente do que pode parecer significar, a atuação do Tribunal de Contas não se restringe a apontar desconformidades para responsabilização e simples censura da atividade administrativa. Na verdade, esse controle de eficiência visa, primordialmente, ao aperfeiçoamento da gestão pública e utilização dos dinheiros públicos. Assim, também é função do Tribunal de Contas lançar luzes sobre a questão da “boa gestão”, estimulando novas e boas práticas que consolidem essa diretriz. Essa percepção restou destacada no julgamento do **Relatório de Auditoria n.º 011.196/2018-1**⁵⁶⁸, que tratava do acompanhamento das obras públicas com pendência no território brasileiro. A conclusão foi de que não há registro de sistematização de “boas práticas e de casos de sucesso que possam servir como referência para o aprimoramento da gestão de obras públicas”⁵⁶⁹, inviabilizando, assim, a racionalização e o aperfeiçoamento na gestão dos recursos públicos. O que é pior: “[u]ma das formas de melhorar a gestão dos recursos públicos é pela indução da boa governança e da disseminação de boas práticas. A falta de um registro sistemático dificulta a

⁵⁶⁷ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acompanhamento n.º 016.758/2020-0**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 28 out. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁶⁸ Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 011.196/2018-1**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 15 mai. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021

⁵⁶⁹ Essa conclusão se pautou no levantamento de dados relativos a “visão confiável sobre a dimensão do problema da paralisação de obras em termos quantitativos (n. de obras existentes, n. de obras paralisadas, valores totais das obras, valores já executados, valores pendentes de execução) e qualitativos (tempo de paralisação, distribuição geográfica, distribuição por programa temático, distribuição por tipo de execução orçamentária)”; “principais causas de paralisação de obras públicas financiadas com recursos federais e como os agentes públicos têm tratado essas causas do ponto de vista preventivo e corretivo”; “experiências bem-sucedidas na Administração Pública podem servir como referência para o enfrentamento dos problemas que geram paralisações de obras” (Cfr.: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 011.196/2018-1**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 15 mai. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021).

melhoria na gestão, restringe o aprendizado institucional e limita a replicação de experiências bem-sucedidas”.

Verifica-se, a partir dos precedentes analisados, que o Tribunal de Contas tem aplicado o princípio da eficiência no controle da despesa pública em perfeita sintonia com os argumentos teóricos anteriormente expostos, embora talvez ainda carente de parâmetros objetivos de sindicabilidade.

b) Portugal

A reflexão aqui tratada encontra ainda maior limitação jurisprudencial, ao nível constitucional, em Portugal, justamente porque, naquele ordenamento jurídico, o Tribunal Constitucional administra a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221.º CRP/76), com competência, em linhas gerais, para apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas (art. 223.º CRP/76). Dessa forma, apesar de suas decisões serem obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecerem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades (art. 2.º da Lei n.º 28/82, que dispõe sobre organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional), sua atuação se realiza mais ao plano abstrato normativo, de modo que não se debruça, diretamente, em situações concretas sobre o controle da eficiência despesista⁵⁷⁰.

Ainda assim, extraem-se de sua jurisprudência, embora poucos, importantes elementos a compor a ótica estrutural do controle da despesa pública com base na eficiência administrativa.

A ilustrar a posição do Tribunal Constitucional português, colhe-se do julgamento do **Acórdão n.º 707/2017**⁵⁷¹ o entendimento pela constitucionalidade das alterações lançadas no Sistema Multimunicipal de Abastecimento de Água e de Saneamento (pelos Decretos-Lei n.ºs 92/2015, 93/2015 e 94/2015,), sob o fundamento de maior eficiência na perspectiva global dos sistemas multimunicipais em relação a cada subparte do novo sistema de forma isolada,

⁵⁷⁰ Nesse sentido, reafirmando seu papel, o entendimento do próprio Tribunal Constitucional (PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Secção). **Acórdão n.º 377/2021**. Relatora: Conselheira Mariana Canotilho. Julgamento em 27 mai. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021).: “É sabido que a revisão da própria decisão recorrida não cabe no âmbito do recurso apresentado ao Tribunal Constitucional, de natureza estritamente normativa. A este Tribunal cabe o escrutínio da constitucionalidade de normas e não de quaisquer outras operações, designadamente, o modo como o tribunal recorrido interpretou ou aplicou o direito infraconstitucional. Essa é matéria de direito comum, para a qual são competentes os tribunais comuns.”

⁵⁷¹ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 707/2017**. Relator: Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 08 nov. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

garantindo-se, pois, que “as atividades em questão sejam desenvolvidas de forma mais rentável e eficiente, não apenas do ponto de vista financeiro e económico, mas também do ambiental”. Desse modo, arremata que “este interesse justifica que o Governo tenha uma visão sobre a globalidade dos sistemas de que é titular, na medida em que, com a agregação dos sistemas, é potenciada a criação de economias de escala, que contribuam para a maior eficiência dos sistemas no seu conjunto”.

De outro modo, o Tribunal foi instado a se posicionar, no julgamento do **Acórdão n.º 155/2004**⁵⁷², sobre os limites da força normativa da eficiência eventualmente em conflito com outros princípios que tutelam direitos fundamentais. Em causa, dentre outras questões, a impugnação da constitucionalidade da norma disposta no n.º 2 do artigo 14º do Decreto da Assembleia da República n.º 157/IX, que então aprovava o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública. Referido artigo contemplava, em seu n.º 1, a possibilidade de cedência ocasional de trabalhador das pessoas coletivas públicas para o exercício de funções temporárias em outra, desde que contasse com anuência do trabalhador manifestada por escrito. No entanto, a questão, ora realçada, alcançava a previsão do n.º 2 do mesmo artigo, que contemplava a dispensa dessa concordância se fundamentada em necessidades das entidades envolvidas ou em razões de economia, eficácia, e eficiência na prossecução das respectivas atribuições. Concluiu, então, o Tribunal pela validade da norma, especialmente pelo reconhecimento de sua compatibilidade com o princípio constitucional da eficiência, “que deflui do artigo 267.º da Constituição, designadamente ao estabelecer que as formas de descentralização e desconcentração administrativa não devem prejudicar a ‘necessária eficácia e unidade de acção da Administração’”. Ainda, consignou a ressalva de que esse entendimento não confere ampla imunidade à decisão que revela a escolha administrativa, pois, não obstante o legislador tenha se utilizado de conceitos jurídicos com certo grau de indeterminação, a princípio, a critério do gestor, “a interpretação e aplicação que deles seja feita é susceptível de controlo judicial, designadamente nos casos de utilização abusiva ou de erro manifesto de apreciação”.

Afigura-se relevante, pois, a consideração de que o princípio da eficiência e seus critérios afins de “boa gestão” não são tomados em termos absolutos, pois devem significar ganhos de resultado, sem desconsiderar direitos fundamentais dos indivíduos. Desse modo, as medidas de racionalização da aplicação dos recursos públicos somente devem preponderar se

⁵⁷² Cfr.: PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 155/2004**. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Julgamento em 16 mar. 2004. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

estiver demonstrada sua adequação para tutelar o interesse público. Ou seja, não basta ao Estado invocar a eficiência e economicidade como imperativos de sustentabilidade financeira para se esquivar do cumprimento de qualquer agenda social. Em certa medida, essa foi a conclusão traçada pelo Tribunal Constitucional no **Acórdão n.º 296/2015**⁵⁷³, em que se discutia, dentre outros aspectos sociais, a validade de regra restritiva do acesso ao Rendimento Social de Inserção, previsto na Lei n.º 13/2003. Ao final, o Tribunal entendeu por declarar a inconstitucionalidade do artigo 6.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação conferida pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, por compreender que a exigência imposta aos estrangeiros – não oriundos de Estado membro da União Europeia, de Estado que faça parte do Espaço Econômico Europeu ou de um Estado terceiro que tenha celebrado um acordo de livre circulação de pessoas com a União Europeia – de residência legal em Portugal pelo período de 3 anos, como requisito para concessão do rendimento social de inserção, violava o princípio da proporcionalidade. A posição do Tribunal trilhou no sentido de desacolher a alegação do Governo de que a medida se destinava a assegurar o interesse constitucionalmente tutelado da sustentabilidade financeira do regime de segurança social, que poderia ser afetado pelo incremento de movimentos migratórios fomentados pelo estímulo de recebimento do Rendimento Social de Inserção. Concluiu, assim, que a alegação fundada na “boa gestão” não autorizava o malferimento do princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, notadamente pela ausência de demonstração efetiva e concreta do risco alegado (dados estatísticos disponíveis não confirmavam as premissas prognósticas fáticas migratórias, indicando, em verdade, a diminuição do volume de despesa com o benefício social ao longo dos anos), tudo a desaconselhar a adequação da medida.

Como já se antecipara, a análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional não se mostrou fértil na indicação do tratamento conferido, específica e diretamente, ao controle da eficiência dos atos despesistas. Essa constatação, entretanto, não retira sua importância, porque se observa das conclusões daquele Tribunal premissas estruturais à aceitação da força normativa do princípio, com seus graus de intensidade e limites circunstanciais.

Passa-se, então, a considerar a jurisprudência do Tribunal de Contas, reconhecido pelo artigo 214.º, da Constituição portuguesa, como “órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe”, com destaque para a competência que lhe é conferida de dar parecer sobre a Conta Geral do Estado e das

⁵⁷³ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 296/2015**. Relatora: Conselheira Catarina Sarmento e Castro. Julgamento em 25 mai. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, além de imputar responsabilidades por infrações financeiras, nos termos da lei. Densificando as competências e poderes do Tribunal de Contas, a Lei 98/97, de 26 de agosto (Lei Organização e Processo do Tribunal de Contas), define, em seu artigo 1º, o conteúdo da sua atuação jurisdicional, atribuindo-lhe a função de fiscalização da legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, apreciando a boa gestão financeira e apurando responsabilidades por infrações financeiras (n.º 1), exercendo, assim, poderes de controlo financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa (n.º 2). No que interessa especificamente à presente seção, calha destacar a especial competência conferida no âmbito do controle externo das contas públicas para “apreciar a legalidade, bem como a economia, eficácia e eficiência, segundo critérios técnicos, da gestão financeira das entidades referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno” (art. 5º, n.º 1, alínea f, da Lei 98/97). Portanto, no plano normativo, há ampla regulamentação de autorização à atuação controladora do Tribunal de Contas, viabilizando a firme aferição do respeito à eficiência e a outros parâmetros de boa gestão na utilização dos recursos públicos.

Esse entendimento é reafirmado pelo Tribunal de Contas em diversos precedentes, a indicar a ideia de sobrevalor da regularidade financeira em confronto com outras normas jurídicas. Por todos, destaca-se a posição firmada na **Sentença 17/2021**⁵⁷⁴, que firmou posição pela inexistência de submissão do controle financeiro e jurisdicional, realizado pelo Tribunal de Contas, ao princípio da autonomia financeira das universidades (garantida ao abrigo do artigo 76.º, n.º 2, da CRP/76). Segundo esse entendimento, essa autonomia, pois, “não pode ser interpretada no sentido de dispensar qualquer instituição de ensino superior pública daquele tipo de controlo, tal como não isenta os respetivos gestores das responsabilidades financeiras que ao Tribunal de Contas cumpre efetivar.”

Partindo ao controle de eficiência da despesa pública, dentre outros fundamentos, no julgamento expresso pelo **Acórdão 20/2020**⁵⁷⁵, o Tribunal de Contas manifestou recusa de

⁵⁷⁴ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Sentença n.º 17/2021**. Relator: Juíza Conselheira Helena Maria Ferreira Lopes. Julgamento em 30 ago. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁷⁵ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 20/2020**. Relator: Juiz Conselheiro Alziro Antunes Cardoso. Julgamento em 06 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021). No mesmo sentido, na **Sentença 16/2013** (PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Sentença 16/2013**. Relator: Juiz Conselheiro José Aveiro Pereira. Julgamento em 16 dez. 2013. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021), julgou-se irregular a despesa efetivada com pagamento de trabalho extraordinário a uma funcionária que goza de isenção de horário de trabalho, revelando, assim, desatendimento ao referencial de “obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente”.

visto a ato despesista que pretendia efetivar a aquisição de terreno, pois, estando a realização de despesas pelos municípios também subordinada aos princípios da economia, eficiência e eficácia consagrados na Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015), “a sua inobservância no presente caso conduz a um resultado financeiro diferente daquele a que chegaria se as referidas condicionantes tivessem sido consideradas”.

De igual modo, o Tribunal de Contas já teve oportunidade de se manifestar no sentido de censurar despesa pública ineficiente, quando não demonstrada correspondência direta entre o meio escolhido e a finalidade justificadora do dispêndio. Foi o entendimento firmado no **Acórdão 39/2010**⁵⁷⁶, que concluiu por invalidar contratação externa de serviço de assessoria jurídica, que não contribuía para controle mais eficiente dos custos e da qualidade do serviço prestado, tendente apenas a executar atividades já inseridas nas competências correntes do ente público, portanto, sem qualquer justificação suficiente para a contratação externa.

Observe-se que o controle exercido pelo Tribunal de Contas não se assume a transgredir a separação de poderes, pois admite que a Administração pública, no campo próprio da discricionariedade, realize suas escolhas político-administrativas. Por assim dizer, conforme se observa do **Acórdão 15/2014**⁵⁷⁷, o Tribunal adota o entendimento de que “[n]a zona da discricionariedade, a atividade administrativa e financeira é funcional e materialmente jurídica: visa a aplicação do direito ao caso concreto, na procura da melhor solução orientada pelo fim da norma - o interesse público específico”, sempre se voltando a atender a uma racionalidade jurídica e financeira, em obediência aos princípios constitucionais, especialmente os princípios financeiros da economia, eficiência e eficácia, que, assim, “funcionam como limites internos do exercício de poderes discricionários por parte da Administração Financeira do Estado”. Com efeito, nada havendo naqueles autos a revelar que a decisão despesista, tomada nos limites da discricionariedade administrativa, não contrariou o arcabouço principiológico citado, conformando-se, inclusive, com a eficiência administrativa, nenhuma ilicitude foi constatada. Ainda assim, do julgamento proferido, realça-se, na linha argumentativa que vem sendo exposta, i) a possibilidade de controle financeiro, mesmo diante de despesa praticada no juízo discricionário da autoridade administrativa; b) a necessária autocontenção do órgão controlador, quando não há evidência mínima a justificar opção melhor que aquela eleita pelo gestor.

⁵⁷⁶ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 39/2010**. Relator: Juíza Conselheira Helena Abreu Lopes. Julgamento em 11 mar. 2010. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁷⁷ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Acórdão n.º 15/2014**. Relator: Juíza Conselheira Helena Maria Ferreira Lopes. Julgamento em 26 jun. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

Por essa razão, a escolha administrativa, ainda que exercida discricionariamente, deve se pautar em critérios objetivos e demonstráveis de eficiência. Vale dizer, constitui ônus do gestor público fornecer os elementos informativos mínimos necessários a justificar uma alternativa em detrimento de outra. É assim, com transparência e justificação voltadas ao manejo eficiente dos recursos públicos, que se confere legitimidade ao ato despesista. Com essa premissa e com outros fundamentos, o Tribunal de Contas, no **Acórdão n.º 08/2016**⁵⁷⁸, manifestou-se pela recusa de visto, por concluir que, para além de o gestor ter o dever de considerar as alternativas sustentadas em critérios que permitam atingir o rigor e a eficiência exigidos (no caso dos autos, propostas sobre as condições de empréstimos a entes municipais), deve cuidar para que essas possibilidade sejam “passíveis de serem comparadas entre si, de modo a permitir uma escolha fundamentada”, já que, no caso concreto, “[a] existência de várias propostas que incluem mecanismos diferenciados de fixação de taxas de juros, que comportam resultados diferentes, não permite a sua comparabilidade”, e, portanto, inviabiliza sua escolha pelo gestor, implicando sua invalidação. Em termos mais simples, a despesa pública deve *ser e se mostrar* eficiente.

c) Espanha

A observar o sistema jurídico espanhol, percebe-se traço ampliativo das funções do Tribunal Constitucional, que não se atém ao controle de compatibilidade de leis e atos normativos com o texto constitucional, mas, ainda, é responsável pela tutela dos direitos fundamentais. É o que se extrai do artigo 161 da Constituição espanhola, com destaque para a atribuição da competência para julgar recurso de inconstitucionalidade normativa e recurso de amparo por violação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas estabelecidos entre

⁵⁷⁸ Cfr.: PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 08/2016**. Relator: Juiz Conselheiro José António Mouraz Lopes. Julgamento em 21 jun. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021). Pela relevância, transcreve-se trecho do acórdão: “6. A opção por uma proposta cujo critério de fixação da taxa de juro não permite que a mesma seja inferior ao spread estabelecido não é uma opção sustentada em critérios iguais, na medida em que tais critérios não foram utilizados pelos restantes concorrentes e, por isso, não permite a sua comparabilidade. 7. O resultado da opção escolhida não se afigura uma opção sustentada em critérios de rigor e eficiência e de boa gestão, na medida em que os factos que sustentam a prognose de que a taxa de juro apresentada pela entidade bancária escolhida seria mais favorável, não correspondem à realidade”. No mesmo sentido: PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 42/2019**. Relator: Juiz Conselheiro Alzira Antunes Cardoso. Julgamento em 24 out. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjure.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

os artigos 14 e 29 da Constituição espanhola, no seguimento do instrumento previsto no artigo 53. 2, da Constituição.

De todo modo, essa consideração particular não importa incremento significativo de decisões judiciais que, a pretexto de tutelar direitos fundamentais, acabem por sindicatizar atos administrativos despesistas. Isso porque a atuação do Tribunal também ocorre mais no plano do controle abstrato da constitucionalidade das normas, não se manifestando, nessa hipótese, sobre situações concretas. E, mesmo no julgamento do recurso de amparo, sua função é exercida no contexto de tutela de interesse do indivíduo, que sente a ofensa a direito fundamental integrante de seu patrimônio jurídico. Desse modo, a posição do Tribunal não se firma, em geral, sobre a relação da Administração Pública com a sociedade, considerada globalmente, o que, dificilmente, ensejará controle da despesa pública por violação à eficiência e aos demais princípios da boa gestão.

Ainda assim, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, importantes contributos para a confirmação da normatividade do princípio da eficiência, a indicar a necessidade da adoção de medidas diversas tendentes à sua concretização. É o que ficou definido no **Recurso de inconstitucionalidad 3903/2016 (Sentencia 33/2019)**⁵⁷⁹, em que se concluiu que as determinações contidas no art. 48.8 da Ley 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público), que impõem inscrição obrigatória de convênios administrativos celebrados pela administração geral do Estado (ou entidades a ela vinculadas) no registro eletrônico estatal e encaminhamento ao “*Boletín Oficial del Estado*”, como condição de validade e eficácia dos atos administrativos, “*responden con toda evidencia a las exigencias de transparencia y eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y control del gasto público (art. 136 CE)*”. Assim, entendeu que a publicidade e transparência constituíam importantes vetores ao controle da atividade administrativa, permitindo sindicatizar, com maior grau de acurácia, a eficiência na escolha administrativa.

Do mesmo modo, analisando pretensão de inconstitucionalidade sobre a mesma Ley 40/2015, no julgamento do **Recurso de inconstitucionalidad n.º. 3774/2016 (Sentencia 132/2018)**⁵⁸⁰, o Tribunal Constitucional reafirmou o entendimento manifesto do texto constitucional, no sentido de que “[l]a eficiencia en el uso de los recursos públicos es

⁵⁷⁹ Cfr.: ESPANHA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Recurso de inconstitucionalidade n.º 3903/2016 (Sentencia 33/2019)**. Relator: Magistrado don Santiago Martínez-Vares García. Julgamento em 14 mar. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁸⁰ Cfr.: ESPANHA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Recurso de inconstitucionalidad n.º. 3774/2016 (Sentencia 132/2018)**. Relator: Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez. Julgamento em 13 dez. 2018. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

primariamente una exigencia constitucional que deben tener en cuenta las propias entidades locales en el ejercicio de su poder de autoorganización (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6), así como las Comunidades Autónomas y el Estado en el ejercicio de sus respectivas competencias sobre organizaciones, procedimientos, empleados, bienes y haciendas públicos”.

De largada para os julgados tomados no âmbito do Tribunal de Contas, observa-se que a jurisprudência reflète a expressividade da disposição constitucional em explicitar a plena submissão da efetivação do gasto público às exigências de eficiência e economia (art. 31. 2 CE), observando-se nos precedentes pesquisados intensa atuação controladora a indicar a invalidade de atos despesistas. Isso porque reconhece-se a esse órgão estatal, nos termos do artigo 136 da Constituição espanhola, a supremacia da fiscalização das contas e da gestão econômica de Estado e todo o setor público. Com essa configuração, exerce amplo controle da atividade administrativa na execução de programas de receita e despesa pública (art. 9. 2, da Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas), fiscalizando, pois, *“al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género”* (art. 9.1, da Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas).

Nesse caminho, interessante posição firmada pelo Tribunal de Contas na **Sentencia n.º 7/2021**⁵⁸¹, na linha de outros precedentes mencionados, no sentido que o gestor tem discricionariedade para escolher a melhor opção que considera adequada para atingir o interesse público – respeitados os critérios de legalidade estrita e presente a necessidade de contratação, é indiferente a modalidade de contratação de colaborador da Administração pública ou o local em que deve ser designado para exercer suas atividades –, *“siendo la elección de una u otra fórmula para obtener la prestación, y el mayor o menor coste que dicha elección pueda suponer, una decisión que puede ser valorada desde la perspectiva de la eficiencia y oportunidad”*.

Admite-se, entretanto, que esse controle de eficiência despesista não se realize de modo arbitrário. A essa conclusão chegou o Tribunal de Contas (**Sentencia n.º 13/ 2019**⁵⁸²),

⁵⁸¹ Cfr.: ESPANHA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 7/2021**. Relator: Consejera dña Margarita Mariscal De Gante Y Mirón. Julgamento em 19 jul. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance= ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁸² Cfr.: ESPANHA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 13/2019**. Relator: Consejero don José Manuel Suárez Robledano. Julgamento em 17 jul. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance= ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

ao examinar a aplicação prática da eficiência e economia da gestão pública. Após realçar que o conteúdo do princípio da eficiência se relaciona com a adequação de meios na gestão econômica da despesa pública, reconhece que, para a aferição dessa compatibilidade jurídico-econômica, *“resulta imprescindible atender a las circunstancias económicas que rodearon a la operación de compraventa señalada”*.

Ainda, bastante relevante aos fins deste texto, o julgamento tomado na **Sentencia n.º 18/2016**⁵⁸³, no âmbito da responsabilização do gestor público. Em discussão a análise dos limites de controle da discricionariedade despesista, a saber se critérios de conveniência, oportunidade, eficácia e eficiência poderiam ser sindicados jurisdicionalmente⁵⁸⁴. O Tribunal, após traçar alguns critérios para a exata compreensão da discricionariedade administrativa, entendeu que, na esfera punitiva (*“enjuiciamiento de las responsabilidades contables”*), nenhuma responsabilização poderia ser imputada ao gestor, por não haver qualquer violação à legalidade estrita. Essa conclusão, restrita à análise da legalidade do ato, entretanto, não obstou nem excluiu que possa ser sindicada *“en cuanto a su mayor o menor acierto desde la perspectiva de la eficiencia o eficacia en empleo de los fondos públicos, en los ámbitos en que cabe plantear este tipo de cuestiones, como puede ser el de la fiscalización realizada por el órgano de control externo competente”*.

Por fim, uma nota sobre a atuação do Tribunal no âmbito da fiscalização, que também se revela imprescindível na apuração das condições gerais da atividade financeira desenvolvida pelo Estado e pelas entidades locais, realçando, para isso, conforme julgamento firmado na **Fiscalización n.º 1444**⁵⁸⁵, a necessidade de um adequado controle financeiro permanente, que *“comprobará, de forma continua, la sujeción de la actividad*

⁵⁸³ Cfr.: ESPANHA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 18/2016**. Relator: Consejero dña Margarita Mariscal de Gante y Mirón. Julgamento em 14 dez. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance= ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁵⁸⁴ Sobre esse ponto, o entendimento do Tribunal acerca da escolha administrativa como manifestação discricionária e dos limites do respectivo controle: *“[a]l no ser vinculante el informe, sin embargo, la Junta de Gobierno tenía varias alternativas jurídicamente legítimas, pudiendo inclinarse por la que le pareciera más conveniente para la realización de los fines públicos municipales. Ciertamente, la discrecionalidad no impide el control jurisdiccional de legalidad del acto, pero sí limita el alcance de dicho control, que no puede llegar hasta el punto de eliminar toda posibilidad de elección de la administración para seleccionar, entre varias opciones posibles, la que considere mejor para alcanzar las finalidades públicas que se pretendan. Si se llevara el control judicial hasta este punto, los tribunales de justicia rebasarían el ámbito del control de la legalidad de la actuación administrativa, que les atribuye el artículo 106.1 de la Constitución, para entrar de lleno en el del servicio a los intereses generales con sujeción al principio de eficacia, que el artículo 103.1 del texto constitucional reserva a la Administración Pública”*. Interessante observar que o Tribunal fundamenta a autocontenção na centralidade estabelecida em torno da legalidade, não admitindo que eficiência, eficácia e economia componham bloco de juridicidade conformadora da ampla legalidade substancial.

⁵⁸⁵ Cfr.: ESPANHA. Tribunal de Contas (Pleno). **Fiscalización n.º 1444**. Relator: Consejera dña Maria José de la Fuente y de la Calle. Julgamento em 27 jul. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance= ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

económico-financiera de la entidad local al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión financeira”; e de auditoria pública, comprometido com a verificação posterior e sistemática da atividade econômico-financeira do setor público.

Em linhas gerais, a análise da jurisprudência exposta⁵⁸⁶ revelou a conformidade da construção teórica à aplicação prática do controle de eficiência do ato despesista, pois os tribunais entendem que o moderno agir administrativo não pode, sob o manto da discricionariedade administrativa, esquivar-se da necessária conformidade jurídica, porquanto mesmo o exercício dessa potestade legal se submete à aferição da eficiência.

Evidentemente que, como visto, esse controle levado a efeito pelos Tribunais não se encontra dissociado da adoção de parâmetros objetivos e determináveis de sindicabilidade. Vale dizer, como delineado no capítulo III, a intervenção jurisdicional somente se justifica e se legitima quando presente mínima certeza de premissas epistêmicas a indicar a ineficiência despesista. Quando não, quanto menor essa certeza, maior valor se confere à escolha pública, indicando a necessidade de autocontenção no controle do ato administrativo.

À toda evidência, está-se a afirmar que, além do controle formal da atuação administrativa, no campo da análise da eficiência despesista, os Tribunais têm, em abstrato, aptidão de cognoscibilidade ampla, pois são órgãos legitimados a revisar mesmo o conteúdo de todas despesas públicas que não observem os imperativos de eficiência, eficácia e economia. De outro modo, no entanto, a intervenção jurisdicional efetiva na escolha pública somente se revela legítima, quando, como visto, concretamente, houver elementos mínimos a apontar para a insuficiência da decisão administrativa. Esse parece ser o traço comum que transpassa a essência dos julgamentos analisados.

De todo modo, é preciso reconhecer que, muitas vezes, esses parâmetros de certeza epistêmica da performance do gasto público⁵⁸⁷ são colhidos de fontes não jurídicas,

⁵⁸⁶ Não obstante existência de importantes precedentes a reconhecer a plenitude do controle de eficiência despesista, ainda se observa, sobretudo no Brasil, considerável a presença do controle de legalidade estritamente formal e burocrático. Por isso, oportuna e ainda atual a crítica de MARCOS NÓBREGA (cfr.: NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 95), no sentido de observar, sobre aplicação dos parâmetros de eficiência, que, em termos gerais, “não há ainda preocupação com a repercussão econômica das decisões, ou seja, com seu impacto no nível de atividade de um determinado município e as externalidades que poderão advir do *decisum*. O ‘confortável’ manto do estrito legalismo, do positivismo exacerbado, impede um critério de julgamento mais condizente com a realidade social, com os impactos econômicos e com o princípio da eficiência”

⁵⁸⁷ Cfr.: NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 95. Referido autor aponta para urgente necessidade de aperfeiçoamento do controle do gasto público, mediante a adoção de parâmetros de desempenho pautados em “Performance-Based Budget”, designadamente a partir da avaliação cuidadosa da relação da despesa com *outputs* (resultados imediatos aferidos) e *outcomes* (resultado dinâmico e diferido como desdobramento da despesa).

revelando, a partir de experiências pretéritas e diversas, *standards* científicos conducentes à “boa gestão” e maior prossecução do interesse público.

Passo seguinte, reconhecida a juridicidade da eficiência, a questão que se avizinha e serve de aprofundamento nuclear ao presente texto consiste em promover o encontro da eficiência com a legalidade: afinal, de que controle se fala quando se tem em mente perscrutar a eficiência despesista? Trata-se realmente de controle tipicamente econômico acidentalmente juridicizado ou esse princípio pode ser considerado elemento da legalidade? As respostas a essas complexas questões somente podem ser encontradas a partir da consideração sobre os contornos atuais da legalidade e dos seus reflexos na despesa pública, compreendendo-se, sobretudo, o papel que se reserva à lei em tempos atuais.

CAPÍTULO V. A JURIDICIDADE DA DESPESA PÚBLICA

1. Sindicabilidade jurídica da despesa pública: separação de poderes e legitimação jurisdicional a partir da aproximação das narrativas jurídicas

O Direito “dissincronizou-se”⁵⁸⁸ deste mundo, seja porque avolumou-se em demasia (de regras, princípios, teorias e institutos) que se tornou incompreensível, seja porque sedimentado no entendimento de que não passa de mera ficção, que, sendo criação, não existe no mundo dos fatos (como descrever, materialmente, um princípio, senão a norma extraída dele? Como pormenorizar um instituto jurídico para além da função que ele ocupa na solução do problema?).

Sendo criação humana, abundante de signos, imagens e representações, sua expressão se exterioriza pelo uso da linguagem⁵⁸⁹, como forma de comunicação humana voltada ao receptor da mensagem. Nessa perspectiva, extrair o significado dos significantes e todas suas perplexidades, em um contexto normativo, compreende o ponto de partida para reflexão dos problemas do Direito. A boa interpretação, constitui, pois, o caminho à compreensão e, assim à pacificação social.

No entanto, o que é uma boa interpretação? O que seria efetivamente compreender? Aliás, o que é interpretar? Este texto não tem a pretensão de responder a nenhuma dessas perguntas, mas a reflexão é ponto de partida, pois o problema interpretativo é muito mais

⁵⁸⁸ Aqui se vale da expressão de BYUNG-CHUL HAN (HAN, Byung-Chul. **O Aroma do Tempo - Um Ensaio Filosófico sobre a Arte da Demora**. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água Editores, 2009, p. 09), que a utiliza para indicar a dispersão temporal da crise humana atual, porquanto, “a vida não se enquadra numa estrutura ordenada nem se guia por quaisquer coordenadas que engendrem uma duração. Identificamo-nos também com a fugacidade e o efêmero. E, assim, cada um de nós próprios se torna qualquer coisa de radicalmente passageira”. A comparação parece ser adequada, especialmente porque, assim como indispensável à reflexão jurídica, a se opor a este cenário de crise, o autor sugere uma revitalização da “vita contemplativa”, afastando a inquietação generalizada que impede o aprofundamento do pensar, e, assim, conhecer e comunicar-se com o duradouro (*ibid.*, p. 130). Por assim dizer, “*lo profundo requiere concentración y silencio*” (cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006, p. 17).

⁵⁸⁹ Cfr.: SILVA, Joana Aguiar e. Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar, **Revista do CEJ**, n.º 1, 2.º semestre 2004, p. 15: “esta importância da linguagem, verbal e não verbal, é uma realidade com que mais tarde ou mais cedo, e de forma inelutável, nos deparamos no mundo jurídico, concretamente no plano da prática judiciária. O direito vivido, como aliás o direito pensado, verte-se em textos, verte-se em discursos, escritos ou orais, mais ou menos técnicos, mais ou menos convincentes. De uma ou de outra forma, enquanto profissionais do direito lidamos permanentemente com os usos da linguagem. O direito é um universo discursivo, é uma linguagem histórica e culturalmente institucional. É uma forma de pensar e de organizar a vida e o mundo. Precisamente através da linguagem.”

amplo, não exclusivamente jurídico, estando presente no próprio esforço do conhecimento humano⁵⁹⁰.

É justamente nessa perspectiva interdisciplinar e focando-se na linguagem escrita do Direito, que se realiza aqui, como luz de compreensão, o encontro entre o Direito e a Literatura, designadamente da concepção das narrativas, para se observar os fenômenos das decisões legislativas, administrativas e judiciais. É Direito como Literatura, para além dos contributos da Literatura para o Direito, permitindo-se a importação de estudos desenvolvidos pela teoria e crítica literárias.⁵⁹¹

Ora, sabendo-se que o Direito surge, como criação verdadeiramente humana, para solucionar problemas e harmonizar seus fatos circundantes, acaba por estabelecer narrativas, assim compreendidas como relato de sequências de eventos em que o narrador participa como agente e/ou paciente ou por testemunho ou deles teve conhecimento⁵⁹². As narrativas representam visões do mundo⁵⁹³ (com todos os valores inerentes), nem verdadeiras nem falsas, apenas traduções da realidade. Observar e analisar o caminho percorrido é reconstruir a compreensão interpretativa presente.

Socorrendo-se dessas narrativas, o Direito se constrói, não apenas no âmbito processual. A narrativa jurídica não se circunscreve apenas ao processo judicial, mas está presente em toda atividade de criação do direito, podendo-se falar em narrativas legais (decisão legislativa) e administrativas (decisão administrativa).

A partir dessa ideia, admitindo-se a fundamentação como substrato de legitimidade da decisão judicial, sendo elemento essencial a descrição dos fatos e dos condicionantes admitidos à formação da convicção, tem-se por delimitado o objetivo da presente

⁵⁹⁰ Problemas de interpretação e linguagem sugerem uma leitura interdisciplinar de sua aplicação. Nesse sentido, cfr. WHITE, James Boyd. Establishing Relations between Law and Other Forms of Thought and Language. **Erasmus Law Review**. Vol. 1. n. 3. p. 3-22: 2008, p. 20: “[i]n engaging in this comparison I use literature and various humanistic texts because that is what I know; but in teaching this course I would urge the students to use anything they knew, from music to mathematics to journalism to physical practices like gymnastics or horse-breaking. What I wanted was for them to have active in their minds aspects of themselves, capacities for functioning, by which they could test what they were learning as law students and which, in turn, what they learned in the law might affect, both in understanding and performance”. No mesmo sentido, cfr. SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 09.

⁵⁹¹ Cfr.: SILVA, Joana Aguiar e. Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar, **Revista do CEJ**, n.º 1, 2.º semestre, 2004, p. 13.

⁵⁹² Cfr. SILVA, Vítor Aguiar e. **Teoria da Literatura**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 596. Oportuno ressaltar que “a narratividade encontra-se intimamente correlacionada com o conhecimento que o homem possui e elabora sobre a realidade - o Génesis pode-se considerar, sob esta perspectiva, como a narrativa paradigmática e primordial -, devendo ser sublinhado que lexemas como ‘narrar’, ‘narrativa’ e ‘narrador’ derivam do vocábulo latino *narro*, verbo que significa ‘dar a conhecer’, ‘tornar conhecido’, o qual provém do adjectivo *gnarus*, que significa ‘sabedor’, ‘que conhece’, por sua vez relacionado com o verbo *gnosco* (>*nosco*), lexemas estes derivados da raiz sânscrita *gnâ*, que significa ‘conhecer’” (*ibid.*, p. 597).

⁵⁹³ Cfr. MATOS, Maria Vitalina Leal de; BORGES; Vera da Cunha. **Introdução aos estudos literários**. Lisboa: Almedina, 2017, p. 381-382.

consideração: pensar, a partir da aproximação dessas possibilidades de narrativas jurídicas, no caminho para a legitimação da decisão judicial nos litígios administrativos⁵⁹⁴.

Observa-se, assim, a partir das ideias de MAX WEBER⁵⁹⁵, a construção necessária da decisão judicial para extrair dela “autorização” e “autojustificação” necessárias para sua validade democrática e aceitação social, como requisitos à legitimidade da dominação.⁵⁹⁶

Decerto, o feixe de luz que atravessa os perfis legislativo, administrativo e judicial decorre da manifestação dos fatos e é sobre essa aproximação de narrativas que se propõe, neste momento, a refletir, como tentativa de verificar, ainda que em primeiros passos, seus reflexos na legitimação da decisão judicial.

1.1. Direito, Arte e Literatura: o encontro entre as narrativas jurídicas a partir do último narrador

Diversamente do que poderia parecer, não é propósito do presente texto descortinar os valiosos aspectos da relação entre Direito, Arte e Literatura, pois, além de encerrar inúmeras possibilidades de conteúdo, não se mostraria compatível com o limitado espaço aqui disponível. O corte metodológico, portanto, consiste em compreender o Direito e a Literatura como fenômenos artísticos, assim entendidos como manifestação humana sobre abstrações e valores, em contexto histórico.

⁵⁹⁴ A direção apresentada pode ser aplicada a qualquer espécie de litígio. No entanto, buscou-se delimitar, neste texto, sua aplicação à demanda administrativa para bem evidenciar a aproximação e efeitos da narrativa judicial com as demais narrativas (legislativa e administrativa), presente nesse tipo de conflito.

⁵⁹⁵ Cfr. WEBER, Max. **Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol 2. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.

⁵⁹⁶ Desde logo, sem pretender aprofundar o debate sobre o tema, extrai-se das palavras de MAX WEBER (WEBER, Max. **Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol 2. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004) a distinção entre legitimidade como legalidade e legitimidade carismática, sendo compreendida como legítima a atuação de Poder (dominação) que se oriente por autorização normativa “legalmente” existente e que apresente “autojustificação” a influenciar as ações da sociedade (“dominados”), admitindo-se que “em toda relação de dever autoritária, certo mínimo de interesse em obedecer, por parte do submetido, continua sendo, na prática, a força motriz normal e indispensável da obediência” (*ibid.*, p. 190). Com essas palavras, adverte-se o leitor de que este trabalho, apesar de adotar a distinção entre legitimidade, compreendida como a validade jurídica (normativa) do ato de poder praticado, e legitimação, assim entendida como a aceitação social da obediência e subordinação necessárias ao ato de poder, abordará indistintamente os reflexos da proposta inicial de aproximação das narrativas jurídicas na decisão judicial, justamente pela interdependência reciprocamente considerada entre legitimidade e legitimação e pela compreensão de que esta última ideia acaba por reconhecer, de forma mais ampla, a autorização para atuação jurisdicional. Por essa razão, não raramente, as expressões legitimidade e legitimação serão mencionadas de forma indistinta para referir-se à aceitação normativa e social da atuação judicial, fazendo-se oportunamente o destaque quando for necessário à compreensão do texto.

Parece ser ideia que vagueia no mundo jurídico, em aparente prestígio do sentimento de pertença coletiva, que o Direito basta a si mesmo, sendo autorreferência interpretativa. Seus métodos hermenêuticos seriam o caminho para o revelar da salvação do mundo, ao passo que compreender a interpretação jurídica seria a chave de ouro para superar todas as complexidades da vida. Não é, pois, assim que ocorre.

O Direito contribui com suas ideias interpretativas, que nada mais são que recortes linguísticos de modelos já existentes em outras áreas do conhecimento. Obviamente, há tempos, não se considera o Direito como ciência exata, essencialmente por lidar com problemas humanos, que são, por definição, complexos e plurais, não regidos por relação de causa e efeito.

Mas outras percepções, menos naturais e mais humanas, expressam caminhos entre os fatos e a percepção valorativa com extração de sentido: a interpretação. A análise artística, por seu modo, tendo por objeto a manifestação humana carregada de valores, estabelece ricamente esse liame. A música, a pintura, o filme são criações humanas permeadas por fatos e manifestações valorativas. Compreender essas manifestações artísticas, segundo a visão de cada um, percebendo os valores ali impregnados, também revela atividade interpretativa⁵⁹⁷.

Para isso, revela-se fundamental conhecer os fatos. Ainda no campo das artes, “*analisar as obras-mestras do passado consiste essencialmente em demonstrar o mecanismo da criação e revelar os meios usados*”⁵⁹⁸, descortinando os processos da formação da obra, de modo que “*a apreensão estética só é possível se se renunciar a toda a pretensão de dominar. Ver implica ver, como se vê. É na própria obra pictórica que o pintor concretiza intenções, formas de ver, maneiras de pôr e resolver problemas.*”

Tomando de empréstimo a análise da arte da pintura⁵⁹⁹, como caminho da interpretação jurídica, permite-se ilustrar esse raciocínio com a obra “*Las Meninas*”⁶⁰⁰, de

⁵⁹⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217: “Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral”. Ainda, cfr. SILVA, Vítor Aguiar e. **Teoria da Literatura**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 196, ao destacar que “todo o fenômeno artístico constitui um peculiar fenômeno comunicativo”.

⁵⁹⁸ Cfr. ANDRÉ, Paula. A Lição da Pintura Pela Pintura: variações; paráfrases; apropriações; citações. **Varia História**, Belo Horizonte, vol. 24, n°40, jul/dez 2008. p. 388.

⁵⁹⁹ Não se está a reconhecer a insuficiência do texto escrito para exposição de ideias, mas, de outro modo, apenas a destacar que a “a relação da linguagem com a pintura é uma relação infinita. Não que a palavra seja imperfeita e esteja, em face do visível, num déficit que em vão se esforçaria por recuperar. São irreduzíveis uma ao outro: por mais que se diga o que se vê, o que se vê não se aloja jamais no que se diz, e por mais que se faça ver o que se está dizendo por imagens, metáforas, comparações, o lugar onde estas resplandecem não é aquele que os olhos descortinam, mas aquele que as sucessões da sintaxe definem” (cfr.: FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11-12).

DIEGO VÉLASQUEZ (1656), que traça interessante complexidade de perspectiva de interação com o observador externo. Sem qualquer pretensão de crítica artística, a referência serve, desde já, para demonstrar a relação construtiva da interpretação, notadamente pela aproximação recíproca entre o sujeito-criador, sujeito-cognoscente e objeto de análise (relação trinária).

Parte-se, aqui, da percepção de MICHEL FOUCAULT⁶⁰¹ sobre a pintura, sem ignorar conclusões diversas sobre outros aspectos. Interessa a essa reflexão a observação de que, na obra sob luzes, o pintor “*fixa um ponto invisível, mas que nós, espectadores, podemos facilmente determinar, pois que esse ponto somos nós mesmos: nosso corpo, nosso rosto, nossos olhos*”⁶⁰². Mais do que a simplicidade de leitura apressada possa transparecer, a sutileza da obra transcende o mero encontro de visões. Na verdade, o artista projeta o observador para dentro da obra, tornando-o parte integrante da imagem materializada. Mas não apenas: a pintura é dinâmica, pois, a cada observador, mudam-se as tintas, os modelos, os valores e o resultado⁶⁰³.

Sem pretender reduzir as ideias de MICHEL FOUCAULT às expostas no presente trabalho, aqui se enfatiza sua abordagem de ruptura com o modelo de assemelhação, assim entendida a linguagem como sistema de representação com poder de recompor outras representações. A linguagem, pois, passa a ter, a partir do século XIX, um valor expressivo,

⁶⁰⁰ Dados da obra e visualização da pintura disponíveis em <http://www.revistafenix.pt/as-meninas-de-velazquez>. Sobre a descrição pormenorizada da obra, cfr. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 03 e ss.

⁶⁰¹ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 03-21.

⁶⁰² Cfr. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 04.

⁶⁰³ Cfr. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 05-06: “*O pintor só dirige os olhos para nós na medida em que nos encontramos no lugar do seu motivo. Nós, espectadores, estamos em excesso. Acolhidos sob esse olhar, somos por ele expulsos, substituídos por aquilo que desde sempre se encontrava lá, antes de nós: o próprio modelo. Mas, inversamente, o olhar do pintor, dirigido para fora do quadro, ao vazio que lhe faz face, aceita tantos modelos quantos espectadores lhe apareçam; nesse lugar preciso mas indiferente, o que olha e o que é olhado permutam-se incessantemente. Nenhum olhar é estável, ou antes, no sulco neutro do olhar que traspasa a tela perpendicularmente, o sujeito e o objeto, o espectador e o modelo invertem seu papel ao infinito. (...)A fixidez opaca que ela faz reinar num lado torna para sempre instável o jogo das metamorfoses que, no centro, se estabelece entre o espectador e o modelo. Porque só vemos esse reverso, não sabemos quem somos nem o que fazemos. Somos vistos ou vemos? O pintor fixa atualmente um lugar que, de instante a instante, não cessa de mudar de conteúdo, de forma, de rosto, de identidade. Mas a imobilidade atenta de seus olhos remete a uma outra direção, que eles já seguiram freqüentes vezes e que breve, sem dúvida alguma, vão retomar: a da tela imóvel sobre a qual se traça, está talvez traçado, desde muito tempo e para sempre, um retrato que jamais se apagará. De sorte que o olhar soberano do pintor comanda um triângulo virtual, que define em seu percurso esse quadro de um quadro: no vértice — único ponto visível — os olhos do artista; na base, de um lado, o lugar invisível do modelo, do outro, a figura provavelmente esboçada na tela virada. No momento em que colocam o espectador no campo de seu olhar, os olhos do pintor captam-no, constroem-no a entrar no quadro, designam-lhe um lugar ao mesmo tempo privilegiado e obrigatório, apropriam-se de sua luminosa e visível espécie e a projetam sobre a superfície inacessível da tela virada.*”

que não se destaca pela imitação e reduplicação das coisas, “*mas na medida em que manifesta e traduz o querer fundamental daqueles que falam*”⁶⁰⁴.

Esse encontro artístico, inspirado pelas ideias de MICHEL FOUCAULT, constitui o eixo central para a presente reflexão: a importância do conhecimento e aproximação das narrativas (dos intérpretes) em todos os momentos de criação do Direito⁶⁰⁵.

Ora, a cada atividade de narração, pela complexidade do funcionamento receptor e transmissor do narrador, cuja engrenagem necessariamente encontra-se envolta por valores, os fatos revisitados são, ainda que intuitivamente, moldados a novas percepções⁶⁰⁶. É a observação também feita por RONALD DWORKIN⁶⁰⁷, valendo-se da aproximação entre Direito e Literatura, para distinguir o papel do artista criador do crítico intérprete nas atividades de criação e interpretação. Argumenta que o artista, ao conceber a obra, deve possuir uma teoria tácita mínima do que está a produzir (interpretação), enquanto arte intencionada (criação), ao passo que o crítico, embora limitado pela criação, ao lançar sobre a obra suas pré-concepções formais e acadêmicas sobre a teoria da arte (interpretação), acaba por criar nova arte conforme a maneira de ver (criação). Portanto, o artista também interpreta quando cria, enquanto o crítico também cria quando interpreta.

⁶⁰⁴ Cfr. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas** – uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 401. Ainda, sobre linguagem e compreensão, notadamente acerca da permanente abertura semântica da linguagem, cfr.: GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Vol 2. Trad. Manuel Olasagati. Salamanca: Sígueme, 1992, p. 181-194.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, cfr. TARUFFO, Michele. Narrativas processuais, **Revista Julgar**, n. 13, janeiro-abril/2011, disponível em <http://julgar.pt/narrativas-processuais/>, acesso em 09 dez. 2018, p. 114: “Histórias e narrativas são necessárias, tanto no contexto do processo como fora dele, uma vez que constituem o instrumento principal com o qual fragmentos de informação esparsos e desgarrados, bem como pedaços de acontecimentos, podem combinar-se e compor-se num conjunto de factos coerente e com senso.” Ainda, cfr. CALVO GONZÁLEZ, José. **El discurso de los hechos** – narrativismo en la interpretación operativa. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 47: “¿que es narrar sino, al cabo, poner antes nuestros ojos circunstancias narradas y hacernos imaginarlas? Siendo así, las ‘grandes narrativas’ cuentan una sola historia. Contada con diversa entonación, lo que se repite y persiste es siempre, también en los relatos cotidianos, aparentemente más prosaicos y tediosos, aquello que confiere mayor interés al discurso que a los hechos: ‘nuestra’ propia imaginación”.

⁶⁰⁶ Destaca-se que a relevância da relação estabelecida entre a compreensão e a linguagem, presente em qualquer manifestação humana, é que ditará o caminho interpretativo. A visão de mundo estabelece os limites da linguagem (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 111). No mesmo sentido, cfr.: DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica, in: **Textos de hermenêutica**. Trad. Alberto Reis. Porto: Rés, 1984, p. 165: “a interpretação é uma questão de habilidade pessoal e a sua feição depende da genialidade do exegeta; com efeito, ela assenta numa afinidade íntima, potencializada pela familiaridade com o autor resultante de um estudo constante”. Por isso, verifica-se a impossibilidade de experiência jurídica a-histórica, a-social, a-valorativa e irracional (CALVO GONZÁLEZ, José. **Comunidad Jurídica y experiencia interpretativa – Un modelo de juego intertextual para el Derecho**. Barcelona, Ariel Derecho: 1992, p. 23).

⁶⁰⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235.

Justamente por isso, afirma-se que os fatos narrados nunca são verdades absolutas⁶⁰⁸, mas, apenas, representações⁶⁰⁹.

Há, assim, na interpretação jurídica, na esfera de controle judicial da administração pública, uma análise desconstrutiva pretérita dos fatos. Não há novidade que essa remontagem dos fatos, no processo judicial, apoia-se na narrativa das partes em litígio, para, a partir dela, o juiz definir a narrativa judicial como fundamento da decisão proferida⁶¹⁰. Vale dizer, após a

⁶⁰⁸ A expressão (“verdade absoluta”) foi propositadamente utilizada para destacar sua aparente contradição, pois inadequado se cogitar conhecimento inteiramente imutável e universal. Nesse sentido, cfr.: SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 34-35; 40-41: “Forçoso é reconhecer as dificuldades que uma visão convencionalista da linguagem, à partida, nos coloca quanto à possibilidade de estabelecer uma verdade em termos clássicos. Ou talvez não. O carácter complexo e simbólico das palavras acarreta uma sua muito especial relação com a realidade que pretendem representar, mas de forma alguma preclude a hipótese dessa representação. Bernard Jackson, reconhecido e radical activista da chamada ‘teoria da coerência narrativa’, considera ingénua e ultrapassada a perspectiva segundo a qual o mundo exterior é capaz de se fazer imprimir, de se fazer gravar nossos sentidos, sem sofrer alterações de maior. (...) Ora, quererá tudo isto dizer que a verossimilhança suplanta a verdade? Ter-se-á o parecer tornado mais importante do que o ser? Vimos já como os critérios que irão permitir uma tomada de decisão se prendem com a plausibilidade e verossimilhança de cada uma dessas verdades concorrentes. A tutela jurídica recairá sobre a verdade que soar mais verdadeira, e que nem por isso corresponderá necessariamente à realidade do contexto extrajudicial”. Isto não quer dizer, entretanto, que a busca pela verdade, apesar de utopia, deve ser simplesmente ignorada. Deve, pois, continuar a seguir como referência na perspectiva de Justiça, como observa a professora MARIA CLARA CALHEIROS DE CARVALHO (CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial, **Revista Julgar**, n. 06, setembro-dezembro/2008, disponível em <http://julgar.pt/argumentar-na-decisao-judicial/>. Acesso em 09 dez. 2018, p. 72), que “sempre se dirá que não acredito poder o Direito prescindir da sua relação com a verdade (por mais imperfeita que se afigure a sua realização) sob pena de abdicar de assumir a justiça como fim último: pois, que justiça se pode construir sobre a mentira ou com indiferença relativamente à verdade?”

⁶⁰⁹ Por isso, MICHELE TARUFFO (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais, **Revista Julgar**, n. 13, Janeiro-abril/2011, disponível em <http://julgar.pt/narrativas-processuais/>, acesso em 09 dez. 2018, p. 115) observa que alguma suspeição pode ser lançada sobre qualquer narrativa apresentada, já que, no fundo, algum interesse desviante (voluntário ou involuntário) acaba por deturpar a história dos acontecimentos: “Por outro lado, as histórias são ‘abertas à suspeição’ e perigosas porque abrem caminho à imprecisão, à variabilidade e à manipulação na reconstrução dos factos, conforme o ponto de vista, os interesses e as intenções das pessoas que as contam num certo momento e num contexto determinado. Isto é, em geral, verdadeiro, e é-o particularmente no contexto processual. Como se verá adiante, um processo não inclui apenas uma narrativa ou um story-telling: é, outrossim, uma situação complexa na qual várias histórias são construídas e contadas por pessoas diferentes, a partir de pontos de vista diferentes e de modos diferentes. São particularmente frequentes e sérios os perigos de erro, insuficiência, manipulação e reconstrução incorrecta dos factos, podendo conduzir a equívocos dramáticos e a erros substanciais na solução final de um caso”. É o que se chama na teoria da literatura de “intrusões do narrador”, “que constituem, pois, fenómenos inevitáveis na narrativa literária, se considerarmos antes de mais a sua condição de acto de linguagem verbal, necessariamente permeável, por isso, à penetração da subjetividade” (cfr. REIS, Carlos; LOPES, Ana Cristina M. **Dicionário de Narratologia**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 200).

⁶¹⁰ Essa questão, da narrativa judicial como aspecto legitimador da decisão que cria Direito, será retomada adiante. Por ora, importa registrar que nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, a questão tem assento constitucional e legal. A Constituição brasileira impõe o dever de fundamentação da decisão judicial no artigo 93, IX, sob pena de decretação de nulidade. O Código de Processo Civil brasileiro (lei 13.105/2015) estabelece, em seu artigo art. 489, que são elementos essenciais da sentença, dentre outros, os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Já o Código de Processo Penal brasileiro prevê, em seu artigo 381, que a sentença deverá conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Em Portugal, o artigo 205 da Constituição impõe o dever de fundamentação da decisão judicial. Ainda, o Código de Processo Civil (lei 41/2013) reforça o dever constitucional de fundamentação das decisões (art. 154), estabelecendo que, na sentença, o juiz deve analisar criteriosamente os fatos, provados e não provados, especificando os fundamentos para formação de sua convicção (art. 607). Já os artigos 97 e 374 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 78/1987) reiteram o dever de fundamentação da decisão judicial, devendo a sentença enunciar os

apresentação dialética e histórica dos fatos⁶¹¹, o juiz traça sua própria narrativa, a partir daqueles provados ou admitidos nos autos, e profere a decisão⁶¹² (última narrativa).

No entanto, apesar das reiteradas reflexões introduzidas no contexto da *narrative turn* à esfera do processo judicial, aqui se discute sobre as demais nuances das narrativas jurídicas, aquelas que são percebidas ou manifestadas na atividade de criação do Direito diversa da esfera processual. Vale dizer, encontram-se igualmente relevantes as narrativas que lastreiam a tomada de decisão na formação da lei (decisão legislativa) e de aplicação do direito (fenômeno pré-judicial – decisão administrativa).

Ora, a decisão judicial deve compor-se de narrativa jurídica que define a história “oficial” do processo, fenômeno que se dá a partir da decomposição dos fatos e recomposição na “verdade criada”. Aproxima-se, pois, dos fatos reais referenciados na decisão, quais sejam aqueles que circundaram a edição da decisão administrativa.

E como se processa esse agir administrativo? É possível se falar em criação do Direito? Mantendo-se fiel aos objetivos deste texto, cingir-se-á a reconhecer que a normatividade aplicada aos fatos, a partir de exercício hermenêutico, confere sentido e completa o Direito positivado.

Portanto, manifestando inegável juridicidade, considera-se o ato administrativo, enquanto manifestação de poder, que traduz, por interpretação própria, a decisão visando a produzir efeitos jurídicos a uma situação concreta e individual⁶¹³. Extrai-se, por conseguinte, a presença da “narrativa administrativa”, assim entendida como o elenco de fatos que moveram

fundamentos de fato e direito, discriminando os fatos que julga provados e não provados, mediante análise crítica das provas.

⁶¹¹ Importante observar que JOSÉ CALVO GONZÁLEZ (CALVO GONZÁLEZ, José. **El discurso de los hechos – narrativismo en la interpretación operativa**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 27) argumenta uma transformadora visão dos fatos considerados em Juízo, na função da expressão “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, passando a ser vistos em dinamicidade e autoreferência: “*no se pretende un discurso descriptivo, contraído, peristáltico, donde los echos sean simple literalidad que muestre consistencia con sentidos y significados previos (pre-escritos), sino una organización narrativa del discurso, donde los hechos ganen sentido autónomo, adquieran peculiar significado y construyan su propia coherencia*”.

⁶¹² Nesse sentido, cfr. TARUFFO, Michele. Narrativas processuais, **Revista Julgar**, n. 13, janeiro-abril/2011, disponível em <http://julgar.pt/narrativas-processuais/>, acesso em 09 dez. 2018, p. 131: “[o] juiz que decide a matéria de facto é o último, definitivo e, por isso, mais importante narrador no âmbito do processo. No fim dos procedimentos, ele tem que lidar com várias histórias que são narradas por testemunhas e pelos advogados: por regra, estas histórias são de várias formas divergentes e contrastantes. A função principal do juiz é estabelecer qual de entre as diversas narrativas dos factos é relativamente ‘melhor’, escolhendo uma das histórias já narradas ou construindo uma outra original, se tiver poder para tal e não estiver convencido por nenhuma das histórias narradas pelas partes”.

⁶¹³ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 2. 4 ed. Coimbra: Almedina 2018, p. 199. A atuação da Administração pública não se restringe a observar a moldura legal (princípio da legalidade estrita), devendo, em perspectiva mais ampla e construtiva, pautar-se no princípio da juridicidade, interpretando, portanto, a normatividade apresentada ao caso concreto. Neste sentido, cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 128.

a atuação do administrador público. Aliás, trata-se de tema sobre o qual, embora não com essa roupagem, já se debruçaram os administrativistas: a motivação do ato administrativo, que, assim como na sentença, ocupa-se de expor os fatos valorados que levaram à interpretação normativa, esclarecendo o objeto do ato, também revelando as razões que impuseram a escolha administrativa dentre tantas possibilidades⁶¹⁴.

Percebe-se, pois, a eloquência dos fatos na esfera administrativa e de sua imprescindibilidade, inclusive, para a validade do ato administrativo, sob pena da configuração do arbítrio.

Decorre desse requisito dos atos administrativos, designadamente daqueles em que há atividade interpretativa, desencadeando decisão da administração, verdadeira narrativa dos fatos que embasaram a conclusão. Basta pensar, invocando exemplo comum no cotidiano das localidades litorâneas, na definição administrativa de realização de determinada obra pública de contenção de enchentes marítimas. Necessariamente, a narrativa sobre as sucessivas intimidações aquáticas deve constar da fundamentação do ato administrativo, permitindo a exata compreensão da medida adotada.

Portanto, o gestor público, em posição privilegiada de observador, exercerá papel ativo nas narrativas administrativas, que, como se verá adiante, quanto mais coerente e verossímil, garante maior legitimação democrática e menor possibilidade de desconstrução fática judicial, no processo de decomposição descrito anteriormente.

Seguindo o caminho de decomposição fática, resta analisar criticamente a narrativa ínsita ao processo legislativo, palco de valiosíssimas contribuições da Teoria Geral do Direito.

Decerto, a lei, enquanto diploma positivado, surge, idealmente, como forma de resposta a um problema social, permeado por realidades fáticas conflitantes. Vale dizer, os fatos sociais, como fonte material do direito, inspiram a atividade de criação formal do direito, de modo a prever solução abstrata e genérica para o descompasso social. Por isso mesmo, deve haver cuidadosa identificação do problema social, afastando-se a construção de falsos problemas e desviando-se do perigo de equívoco quanto à sua intensidade (superestimação ou subestimação)⁶¹⁵.

Portanto, a atividade de criação legal, atribuída ao Estado, não constitui justificativa em si mesma. Sua legitimação decorre dos fatos, ainda que valorados, que impulsionaram o

⁶¹⁴ Cfr. CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 14.

⁶¹⁵ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set. out. nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/questoes-fundamentais-de-tecnica-legislativa>>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 21. p. 20.

nascimento da regra jurídica. Distanciar a função legislativa dos fatos é abrir caminho ao arbítrio e uso da lei como mero instrumento de salvaguarda de legitimação deturpada do poder.

Nessa perspectiva, sustenta-se a ideia de narrativas legais⁶¹⁶, percebidas como fundamentação à decisão legislativa ou concebidas como presentes no próprio dispositivo legal⁶¹⁷. A narrativa, assim, corresponderá à representação do problema, suas causas e solução encontrada, como percurso necessário para a adequada elaboração legislativa⁶¹⁸.

Permitir ao observador externo aproximar-se do contexto fático que permeou e legitimamente inspirou o despertar legislativo contribui para reconstrução normativa da situação concreta da vida a invocar-lhe a aplicação⁶¹⁹. Não se está a afirmar aqui que se deve conhecer a vontade do legislador como método de interpretação normativa, porquanto, criada a lei, sua aplicação ganha vida e não se prende ao mundo imaginário do legislador.

Mas não se pode ignorar que, como dito, conhecer os fatos que motivaram a criação da lei, ainda que axiologicamente modificados, permite a aproximação das narrativas e a abertura do diálogo entre as funções do Estado, todas encarregadas, em última análise, de, abstrata ou concretamente, criar o Direito. Trata-se de conhecer o passado (a interpretação e criação da lei

⁶¹⁶ É nesse sentido que JOSÉ CALVO GONZÁLEZ (cfr. CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 75 e seguintes) confere relevância à virtude narrativa da produção legislativa, afirmando, pois, que “los textos legislativos también alumbran su lectura como narraciones”, com especial destaque para os preâmbulos e exposições de motivos legais, através dos quais, “*el legislador da cuenta de las razones que hay para suponer que determinado problema debe resolverse de determinada manera, explicando los principios a que responde, la finalidad perseguida y, en general, expresando los motivos que han conducido a adoptar ésa y no otra regulación, es decir, haciendo inventario de los mismos, o lo que es igual, su recuento*” (*ibid.*, p. 81).

⁶¹⁷ Aqui, utilizou-se a expressão “dispositivo legal” em duplo sentido, tanto para fazer referência à estrutura material legal, quanto para, fazendo paralelo com a sentença judicial, expressar que a lei representa o “dispositivo”, como parte mais importante da decisão legislativa. Ainda, sobre utilização de linguagem narrativa no texto legal, cfr. CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 78-79.

⁶¹⁸ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set. out. nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/questoes-fundamentais-de-tecnica-legislativa>>. Acesso em: 10 dez. 2018, p. 21: “A análise da situação questionada deve contemplar as causas ou complexo de causas que eventualmente determinaram ou contribuíram para o seu desenvolvimento. Essas causas podem originar-se de influências diversas, tais como condutas humanas, desenvolvimentos sociais ou econômicos, influências da política nacional ou internacional, conseqüências de novos problemas técnicos, efeitos de leis antigas, mudanças de concepção, etc”. O Ministro Gilmar Mendes apresenta interessante advertência, no mencionado texto, para os possíveis riscos de avaliação emocional do problema e falha de prognose fática legislativa, propondo, assim, que se “deve indagar se as medidas a implementar são compatíveis com o princípio da proporcionalidade, que exige que a intervenção no âmbito do direito individual seja não só indispensável, mas também adequada e razoável” (*ibid.*, p. 22)

⁶¹⁹ Cfr. CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 87) sobre a importante função ocupada pelo prólogo legislativo, “*su contenido será presentar una justificación de la obra, naturalmente a fase posterior, que facilite, clarifique e intensifique la comprensión de lo narrado en ella, al margen de que también pueda incorporar otras funciones, así teóricas o técnicas, sobre el objeto narrativo y género de la obra*”.

e suas circunstâncias), para se ter a exata medida do ser presente (interpretação criação normativa atual)⁶²⁰.

Exposta, ainda que sucintamente, a importância dessa perspectiva, impõe-se observar em que medida o conhecimento desses fatos e narrativas pode contribuir para a potencialização da legitimidade da decisão judicial nos litígios administrativos.

1.2. A consideração histórica dos fatos e a fundamentação judicial com base nas narrativas jurídicas: a legitimação da decisão jurisdicional na conformação da escolha pública

Extraír significação das linguagens, sejam palavras, pinturas, músicas, esculturas, e dar-lhes algum sentido, compreende uma das mais complexas e ricas atividades humanas, porque, como naturalmente se observa, estabelece-se na mente de cada observador, a partir de um plexo de valores assimilados da sociedade (comunidade interpretativa) e acumulados ao longo da vida (pré-compreensão).

Esse fenômeno se mostra não estanque, porque, à medida que o intérprete descobre o sentido, ele também se transforma, redescobrimo-se e incorporando novos conceitos⁶²¹ ao seu horizonte interpretativo. Simplificando a questão, interpretar é dar sentido à linguagem.

No entanto, a interpretação jurídica não comporta a atribuição de qualquer sentido à linguagem jurídica, sob pena de subverter a ordem jurídica e a vida em sociedade. Imagine-se a situação em que o gestor público desvia e se favorece pessoalmente com recursos públicos. É impossível admitir-se que, sob sua “interpretação”, seja legítima a conduta apenas por estar presente concomitante destinação social.

Nessa perspectiva, avolumaram-se os estudos sobre métodos interpretativos dispostos a indicar o caminho seguro para se chegar à verdade, à justiça, ao racional, ao razoável. No entanto, nenhum método é perfeito; nenhum dispõe de fórmula de resolução universal dos

⁶²⁰ Cfr. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 223: “Também o Direito apresenta ‘a estrutura temporal da historicidade’; mantém-se durante mais ou menos tempo e encontra-se num processo contínuo de adaptação às variações do tempo histórico, quer dizer, do tempo que tem a marca do homem. Quem quiser compreender o Direito do presente no seu estágio actual tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como sua abertura face ao futuro. (...) A toda norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para a sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento, e a realidade social actual face à qual deve operar. O jurista tem que atender aos factos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando a interpreta”.

⁶²¹ Cfr.: AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 112-117.

problemas. Mas, é bom que se diga, são referências à disposição do intérprete para a construção normativa no caso concreto⁶²².

Tem-se, pois, na perspectiva de redimensionamento dos fatos no contexto das narrativas jurídicas, especial relevo à perscrutação de sua realidade histórica e do contexto axiológico. Advirta-se, mais uma vez, que não se está a sugerir o descortinamento da vontade do legislador como referencial vinculante à atividade interpretativa, mas, apenas apontar para a importância da observação do contexto legislativo pretérito para buscar compreender o sentido da lei na criação judicial do direito.

Retoma-se, assim, a ideia de que a criação do direito não é isolada nem definitiva. Ela é (re)construída a cada nova interpretação. Por isso, compreende-se que a tarefa do juiz é essencialmente criadora no sentido de que empreende seguimento à obra do legislador ao atualizar o Direito às situações concretas⁶²³.

Desse modo, a atividade de criação do direito não se circunscreve à atividade judicial, mas, deve ser atribuída a todas atividades que constroem conteúdo normativo a partir da interpretação jurídica, estando elas, assim, relacionadas com relatos fáticos circunstanciais.

Diante de litígio administrativo, é possível verificar que determinado ato da Administração Pública, pautado em motivação (fática e jurídica) e decorrente de interpretação normativa, conflitou com interesses alheios (público ou privado).

Judicializada a questão, incumbe ao juiz dar a última palavra, expor a narrativa final sobre a discórdia. Reconhece-se, assim, ao Poder Judiciário, a partir do regime jurídico constitucional, a legitimidade para exercer o controle dos fatos jurídicos, garantindo a efetivação de direitos.

Mas essa manifestação judicial não é, e nem pode ser, arbitrária, nem quanto ao conteúdo, como já exposto acima, tão pouco, quanto à forma. Aspecto basilar da validade de sua manifestação e da sua própria legitimação é a fundamentação de suas decisões, assim compreendida como a exposição, clara e medianamente compreensível, das razões (fáticas e jurídicas) que determinaram a formação de sua convicção. A propósito, JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO confere a essa exigência tríplice função: a primeira, como manifestação da

⁶²² Sob uma perspectiva mais pragmática, “el método, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado” (Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016, p. 134). Ademais, observa Manuel Segura Ortega (SEGURA ORTEGA, Manuel. **Teoría del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, p. 217) que a definição do método de interpretação determinará, de certo modo, o conteúdo do ato interpretativo, gozando o juiz de liberdade para adotar o método de construção normativa.

⁶²³ Cfr. SEGURA ORTEGA, Manuel. **Teoría del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, p. 229.

eficácia judicial, serve ao convencimento dos destinatários, da comunidade jurídica em geral e da própria sociedade; a segunda, que consiste na possibilidade de reanálise judicial da interpretação jurídica firmada, através da reconstituição do percurso lógico percorrido, pelos elementos de prova expostos na decisão; e, por fim, mais relevante para os fins deste trabalho, constitui fator de legitimação do poder jurisdicional, por tornar possível o controle externo sobre todos os aspectos da decisão judicial, “*contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre a qual repousa o dever de dizer o direito no caso concreto (iuris dicere)*”⁶²⁴.

Essa ideia aproxima-se da condição de “dominação” exposta por MAX WEBER, no sentido geral de poder, assim entendida como “a possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria”⁶²⁵. A efetivação da dominação, no entanto, deve encontrar fundamento de “autojustificação” com base em princípios de legitimação: regras racionais, tradição ou carisma⁶²⁶. Pautar-se em apenas uma delas (tipos puros) pode tornar instável o exercício do Poder e fragilizar as bases de legitimidade⁶²⁷.

Assim, para MAX WEBER, “o fundamento de *toda* dominação, portanto, de *toda* obediência, é uma crença”, seja firmada pela tradição, seja pelo carisma⁶²⁸. Portanto, para se admitir como legítima a decisão judicial, necessário o estabelecimento de vínculo da crença (acreditação como aceitação) na autoridade daquele que proleta a ordem em nome do Estado, mediante poder conferido pela própria sociedade, de modo que o indivíduo passa a considerar a si próprio como parte integrante do aparelho coator.

⁶²⁴ Cfr.: CARVALHO, José Tomé de. Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português. **Revista Julgar**, n. 21, Setembro-Dezembro/2013, pp. 75–87, disponível em <http://julgar.pt/breves-palavras-sobre-a-fundamentacao-da-materia-de-facto-no-ambito-da-decisao-final-penal-no-ordenamento-juridico-portugues/>, acesso em 17 dez. 2018, p. 86. No mesmo sentido, válido ainda registrar, sobre o dever de fundamentação, a advertência da professora Maria Clara Calheiros De Carvalho (CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial, **Revista Julgar**, n. 06, setembro-dezembro/2008, disponível em <http://julgar.pt/argumentar-na-decisao-judicial/>. Acesso em 09 dez. 2018, p. 75): “no entanto, é certo que algo há a fazer no que respeita ao próprio mundo judiciário. Mostra-se cada vez mais necessário que se entenda que a base argumentativa em que se apoia a decisão judicial deve ser redigida tendo em atenção que ela tem por missão não só explicar o seu sentido às partes, ou torná-la controlável por outras instâncias em via de recurso, mas também torná-la acessível ao público em geral. Isso significa que ela se deve mostrar, sob o ponto de vista racional, uma decisão correcta, possível, adequada ao ordenamento jurídico e ao contributo efectivo que as partes deram para o delinear do caminho que conduziu até ela.”

⁶²⁵ Cfr.: WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 188.

⁶²⁶ Cfr.: WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 198.

⁶²⁷ Nesse sentido, cfr.: WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, In: Cohen, Gabriel. **Weber. Sociologia**. São Paulo: Ática, 1982. P. 128: “Nas relações entre dominantes e dominados, por outro lado, a dominação costuma-se apoiar internamente em *bases jurídicas*, na quais se funda a sua ‘legitimidade’, e o abalo dessa crença na legitimidade costuma acarretar consequências de grande alcance”.

⁶²⁸ Cfr.: WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 1. 3 ed. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2000, p. 173.

Também por isso, para fortalecer a crença social na autoridade da decisão judicial, que a exposição da fundamentação judicial, assim compreendida como o percurso intelectual e a justificativa da decisão adotada, permite, dentre outras finalidades, ser controlada pelo observador externo⁶²⁹.

É por essa razão que a decisão judicial não pode se distanciar das demais narrativas jurídicas. Vale dizer, como já exposto, sendo a criação do direito expressão não exclusiva da esfera judicial, é preciso considerar a manifestação criativa dos demais atores normativos.

Reflete-se, assim, a necessidade de a perspectiva judicial adotar, como iter decisional, a expressa consideração às narrativas legais e administrativas como requisito legitimador da decisão⁶³⁰. Pensar o litígio judicial não dissociado das realidades normativas antecedentes significa concluir que o juiz, ao fundamentar a decisão, deve, retrocedendo historicamente, descortinar fatos, valores e fundamentos que permearam a criação do direito nas esferas administrativa e legislativa, sobretudo por serem efetivados por atores intérpretes que gozam de inegável legitimidade democrática.

Em certa medida, como a motivação é requisito de validade da maioria dos atos administrativos, isso acaba sendo feito em alguns litígios judiciais, porquanto, inevitavelmente, o ato administrativo em si acaba a ser exposto no processo judicial, exigindo quase sempre manifestação do julgador.

Isso, no entanto, não retira a força da ideia aqui exposta, porque essa abordagem não é obrigatória para ser considerada legítima a decisão judicial, muito menos tem sido tratada como forma de legitimação judicial. A análise da narrativa administrativa, quando realizada, muitas das vezes é efetivada de modo pontual e assistemático, considerando somente os contornos gerais do ato administrativo⁶³¹. Em todo caso, importa que a manifestação judicial

⁶²⁹ Cfr.: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a formação racional da convicção judicial. **Revista Julgar**, n. 13, Janeiro-Abril/2011, pp. 155-173, disponível em <http://julgar.pt/1546/>, acesso em 17 dez. 2018, p. 167. Ainda: cfr.: AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29: “la base para el uso de poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión”.

⁶³⁰ Aliás, a perspectiva de aproximação de narrativas antecedentes também busca prevenir o decisor diante de falhas de racionalidade. Como observa ROLF DOBELLI (DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar com clareza. 52 erros de raciocínio que não devemos cometer**. Trad. Pedro Garcia Rosado. Lisboa: Temas e Debates, 2015, p. 63), “da nossa biografia aos acontecimentos mundiais, moldamos tudo até obtermos uma narrativa que tenha ‘sentido’. Para isso chegamos a desfigurar a realidade, mesmo que isso possa prejudicar a qualidade das nossas decisões. Como medida preventiva, recomendo-lhe, leitor, que compare bem os relatos entre si. E interrogue-se: o que oculta cada relato?”

⁶³¹ Nessa perspectiva, recentemente, foi editada, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42). Ali, foi consagrada a inadequada positivação da metodologia jurídica, estabelecendo balizas hermenêuticas voltadas para o direito público. Sem adentrar nas críticas que mereceria essa opção legislativa, destaca-se o conteúdo do artigo 22, caput e § 1º, da mencionada lei, que estabelecem que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão

seja expressa sobre o contexto narrativo (fatos e valores) que permeou a edição do ato administrativo questionado.

Mas não é só. A análise judicial também deve considerar expressamente os fatos e valores que motivaram a atuação do legislador: olhando o passado, deve confrontar-se, pela sua significativa importância, com a narrativa legal, para compreender e reconstruir, com atividade hermenêutica atual, a antecedente criação do direito.

Inegavelmente, afastada a vinculação interpretativa àquela firmada pelo legislador⁶³², uma vez formatada a estrutura legal, seu conteúdo passa a ser criado a cada nova ocupação interpretativa. Isso não quer significar, no entanto, que a narrativa legal (fatos e valores inspiradores) deva ser simplesmente ignorada⁶³³. Muito pelo contrário, a aproximação da narrativa judicial à narrativa legal, seja para acolhê-la ou refutá-la, serve de referencial legitimador da decisão judicial⁶³⁴.

considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (art. 22, caput) e “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (§ 1º). Nesse sentido, cfr. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 26 dez. 2018, p. 70-71: “o caput e o parágrafo primeiro do art. 22 devem ser lidos conjuntamente. Ambos os dispositivos exigem a contextualização no manejo das normas de direito público, mas enquanto o primeiro foca na interpretação, mais genericamente, o segundo foca no controle. Nos dois casos, impõe-se a atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes.”

⁶³² Cfr. CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 91, sobre invocação de textos justificadores (prólogos, preâmbulos e exposições de motivos) para determinação das atividades interpretativas posteriores: “*La ‘pretendida’ clausura interpretativa y autorizada atribución vinculante del sentido que da debilitada precisamente por el espacio y el tiempo narrativo en que ese relato se produce y da a conocerse*”. O mesmo autor, no entanto, ressalta que “*esa voluntad legislatoris, como voz narrativa, esta en el tiempo, es verbo y no silencio, y por tanto no un relato intemporal, sino histórico, lo que únicamente le hace dominante respecto a la interpretación como justificación del motivo o argumento psicológico de ese legislador temporalizado y que, huelga el decirlo, podrá ser históricamente, en outro tiempo, objeto de traducción-apropiación interpretativa*” (*ibid.*, p. 92). Não se pretende, aqui, discorrer sobre antigo debate entre subjetivistas (vontade do legislador) e objetivistas (sentido normativo da lei), mas apenas sublinhar que “o escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independente delas” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 383)

⁶³³ Cfr. SEGURA ORTEGA, Manuel. **Teoría del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, p. 216). Desse modo, o “intérprete deve ser orientado pela exigência do texto e traduzir para o presente o significado dessa exigência, permitindo-se, nessa fusão de horizontes, a ouvir a questão que provocou o aparecimento do texto” (PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. 2 ed. Trad. Maria Luísa Ferreira Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 253).

⁶³⁴ A ideia se aproxima da compreensão do Direito como integridade sustentada por RONALD DWORKIN (cfr.: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999), segundo a qual se constrói a solução interpretativa judicial a partir dos fundamentos de decisão anteriores. Essa concepção de integridade “insiste que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas

Portanto, não há como desconsiderar a importância da motivação legal para a formação do sentido normativo. A lei, enquanto estrutura positiva que acomoda o sentido normativo, serve de referência indicativa ao início de interpretação, sem com ela se confundir. Serve, outrossim, como aqui proposto, de baliza interpretativa para, também a partir da análise da narrativa legal, permitir a autojustificação da decisão judicial.

Assim, constrói-se a ideia de que não basta fundamentar para legitimar a decisão judicial. Exige-se, para além, que a decisão expressamente considere fatos e valores (motivos) que fundamentaram a criação do direito nas esferas administrativa e legislativa. É, pois, no encontro ou aproximação das narrativas jurídicas que a decisão judicial encontra sua legitimação, (re)criando o presente a partir da (re)descoberta do passado.

2. Limites e condicionantes jurídicos da despesa pública: mutações do princípio da legalidade

Compreender a significação das coisas e transmitir sentido através de palavras constitui uma das mais complexas questões da humanidade, pela impossibilidade linguística

tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. (...) O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (*ibid.*, p. 273-274). A interpretação jurídica, pois, não parte do grau zero de compreensão, mas, tal qual romance literário em cadeia, deve representar nova construção como parte integrada e coerente ao conjunto da obra, como produto de um único autor: “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para reescrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (...) Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre um romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo” (*ibid.*, p. 276-277). Essa aproximação entre autor responsabilizado e leitor implicado, voltada para o maior consenso entre a criação e obediência jurídicas, pode ser conferida, com outros contornos, em CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 92-94.

de transmissão unívoca do conhecimento que se encontra encerrado na consciência individual⁶³⁵.

Por isso mesmo, na atividade interpretativa rompe-se a estrutura binária (sujeito observador-objeto) para descortinar a participação construtiva do intérprete, em uma fusão dos elementos envolvidos, porquanto o sujeito-criador também interpreta, o sujeito-observador também cria e o objeto também transmite valor.

Nessa perspectiva, focando no diálogo linguístico entre as fontes do direito, permite-se melhor compreensão da construção normativa ao caso concreto. Por isso mesmo, o encontro das narrativas jurídicas, assim consideradas como pertencentes às tomadas de decisão e criação do Direito, contribui à formação dimensional fática e axiológica da interpretação jurídica.

É por isso que a decisão judicial deve se confrontar, na observação dos fatos pretéritos, com as narrativas legais e administrativas, para se referenciar, embora sem vinculação, e construir sua própria narrativa.

Mas não apenas isso. Essa construção complexa e plurinarrativa manifesta fonte de legitimação da decisão judicial. Vale dizer, a exposição dos fundamentos da “escolha judicial”, reconhecidamente exigência à aceitação de sua legitimidade, não deve se limitar aos fatos considerados pelo juiz na tomada de decisão ou expostos pelas partes no litígio apresentado.

Para além disso, a fim de, especialmente, servir de legitimação à atuação jurisdicional, a decisão judicial deve construir a formulação normativa a partir da consideração expressa dos fatos e valores inerentes à tomada de decisão nas perspectivas antecedentes. Deve, pois, expor-se na decisão judicial a análise do litígio considerando as narrativas legais e administrativas, a fim de abrir-se democraticamente a todos os atores que contribuem para o sentido normativo.

Nesse contexto, a lei firma-se com elemento central no Estado de Direito, apresentando-se como ponto de encontro entre as funções estatais e dessa relação com o indivíduo, sendo ela a garante da estabilidade e segurança jurídica das relações sociais. Mesmo porque, conforma adverte DIOGO FREITAS DO AMARAL⁶³⁶, a Administração Pública se legitima pela pretensão de prossecução do interesse público, que não pode se dar de outra forma senão pela obediência ao princípio da legalidade.

⁶³⁵ Cfr.: DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica, in: **Textos de hermenêutica**. Trad. Alberto Reis. Porto: Rés, 1984, p. 167.

⁶³⁶ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 38.

Durante muito tempo, acreditou-se na centralidade da lei no papel de adequação jurídica, compreendendo-se que a atuação positiva estatal era suficiente para agasalhar e regular as situações jurídicas. Era o tempo que imperava, com exclusividade, a ideia de que, no campo privado, não havendo ofensa ao texto legal, qualquer conduta particular seria válida, ao passo que, no âmbito público, o gestor somente estava habilitado a fazer rigorosamente o que a lei autorizava ou impunha. Em outras palavras, “o princípio da legalidade aparecia então encarado como um *limite* à ação administrativa, limite esse estabelecido no interesse dos particulares”⁶³⁷.

Com isso, proliferava o sentimento de que o administrador tinha margem de interpretação reduzida, devendo se restringir a funcionar nos limites da literalidade da lei. E, assim, a Administração se abastecia de ineficiência, burocracia excessiva e incoerência, caminhando a passos largos para vieses corruptivos, porquanto o agir administrativo formalista, desarrazoado e desproporcional, acabava por sugerir ambiente propício aos desvios éticos de conduta, impulsionados pela necessidade premente de o indivíduo obter, a qualquer custo, a efetiva atuação estatal⁶³⁸.

Na linha do que argumentado anteriormente, essa realidade começa a ser alterada a partir de reflexões sobre as graves violações a direitos individuais praticados durante a Segunda Grande Guerra⁶³⁹, que se justificaram justamente no respeito ao primado e boa execução da lei, pouco importando o conteúdo da conduta em manifesto descompasso com os valores mais caros da dignidade da pessoa humana. Fazer valer a lei, sem qualquer outra consideração, era, antes de tudo, um compromisso com o Estado e a garantia da efetividade do Direito.

⁶³⁷ Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 39.

⁶³⁸ Decerto o problema citado era apenas um dos contributos para a denominada “crise da legalidade estrita”, cunhada pelo Professor JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 52-53), destacando-se, dentre outros, “a importância acrescida e decisiva dos *princípios jurídicos* como padrões jurídicos autónomos, na aplicação (interpretação, concretização, adaptação, correção e controlo da legitimidade) das disposições normativas (incluindo as legislativas), utilizados para resolução ponderada dos ‘casos difíceis’, designadamente pelo poder judicial”.

⁶³⁹ Nesse sentido, Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 43-44. A propósito, suprimiu-se intencionalmente deste texto consideração sobre a evolução histórica do princípio legalidade, para não se desviar do propósito inicial. De todo modo, observam-se, em desenvolvimento, fases bem delineadas, de acordo com o contexto político-social, sobretudo a partir do Estado de Polícia, em que imperava o arbítrio, sem qualquer sujeição à Lei; passando pela fase de Estado de Direito Liberal, em que há princípio de sujeição à Lei, como forma de limite da atuação administrativa; até chegar à fase mencionada dos chamados Estados Legalistas, dotados de autoritarismo, que manipulavam a Lei, não como manifestação de soberania popular, mas, como instrumento de arbítrio e concretização de projeto de poder (*ibid*, p. 41-45).

Decerto, não é preciso rememorar o nível de atrocidades que esse pensamento gerou, ainda revelando e reverberando, em tempos atuais, os efeitos danosos daquele período sombrio, em que os mais básicos direitos foram sonegados, com nefastos e perversos reflexos sobre a vida humana.

A partir de então, a lei passa a receber, juntamente com os agentes desviantes, a condenação pelos abusos verificados, sucumbindo do altar de intangibilidade em que, até então, encontrava-se. Rompe-se, assim, o fio que sustentava o primado da lei como fonte exclusiva ou primordial do Direito⁶⁴⁰.

Nesse contexto, formou-se a ideia de que não apenas a atuação estatal era capaz de revelar normas tendentes a proporcionar paz social⁶⁴¹. Era possível extrair do plexo jurídico, outras normas, que não estão necessariamente positivadas, mas que alcançavam mesma ou maior força normativa. Seguiu-se, assim, período de ascendência normativa dos princípios, mediante o reconhecimento de que a lei não era suficiente a esgotar o Direito. Admitia-se, assim, outras fontes jurídicas a reger as relações jurídicas, não estabelecidas necessariamente a partir de fontes estatais.

Forma-se, então a compreensão do alargamento da legalidade a ditar o funcionamento da Administração pública, em substituição ao referencial normativo suficiente de simples obediência à lei⁶⁴². Essa dessintonia, pois, entre o conteúdo da lei e fontes jurídicas diversas revelou a necessidade de nova reflexão sobre a legalidade a regular o funcionamento da Administração pública.

Claro que essas considerações se aplicam indistintamente a todas as relações jurídicas, inclusive, por óbvio, às relações privadas. No entanto, no setor público, a aplicação do entendimento do bloco de juridicidade, em substituição à legalidade estrita, impactou

⁶⁴⁰ Como bem observa a doutrina (cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 124), a afirmação do princípio da legalidade como primado da lei não era suficiente, pois “as leis ainda não eram muitas e o primado da lei, por si só, conduzia a uma magra subordinação da Administração ao Direito”.

⁶⁴¹ Cfr.: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 24. Referido autor ainda destaca que mesmo os atos jurídicos provenientes de fontes formais estatais têm sua validade dependente “da conformidade directa do conteúdo de tais normas com os princípios fundamentais e os valores suprapositivos que, transcendendo a própria Constituição, traduzem parâmetros vinculativos e de inerente aferição da validade de todo o Direito positivo” (*ibid.*, p. 25).

⁶⁴² Destaca o professor DIOGO FREITAS DO AMARAL (Cfr.: AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol II. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 45), rememorando as ideias de Maurice Hauriou, que se projetava a vinculação da Administração Pública ao “*bloc legal*”, a saber: “a Constituição; a lei ordinária; o regulamento; os direitos resultantes de contrato administrativo e de direito privado ou de ato administrativo constitutivo de direitos, e, no lugar adequado que for o seu, os princípios gerais de Direito, bem como o Direito Internacional que vigore na ordem interna”. No mesmo sentido, cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 126.

decisivamente o agir administrativo, eis que, a partir de então, na esteira do que já afirmado acima, passou-se a reconhecer a todos os atores no exercício da função estatal, inclusive ao gestor público, a plena possibilidade de simplesmente interpretar, extrair sentido dos fatos e normas que impactam o desenvolvimento de suas atividades. Superou-se, assim, o antigo postulado de que somente órgãos investidos em função jurisdicional detinham aptidão político-institucional para extrair sentido normativo das leis, cabendo aos órgãos legislativos a função de criá-las e ao órgão com função executiva simplesmente aplicar seu conteúdo, sem qualquer juízo valorativo.

A superação do primado da legalidade estrita rompeu com essa lógica e permitiu a atividade interpretativa por todos os agentes públicos encarregados da função de conferir sentido normativo aos fatos sociais, pois, então, a lei deixou de ser vista apenas como instrumento de proteção da esfera jurídica dos indivíduos, para também se apresentar como pressuposto e fundamento de validade das funções estatais, inclusive da própria Administração Pública.

Disso resulta a importância de conhecer e compreender o preciso conteúdo do bloco de juridicidade que, a um só tempo, autoriza plena atuação administrativa, mas, também, tem o condão de arrastá-la para o campo de maior sindicabilidade, afinal, a interpretação e o sentido normativo nunca serão absolutas, pela própria natureza subjetiva da atividade, por mais objetividade que se ponha no objeto de análise. A definitividade hermenêutica, então, mais estará ligada à capacidade institucional conferida ao órgão estatal, do que propriamente à certeza da correção da interpretação levada a efeito. Portanto, nada está a indicar em nenhum ordenamento jurídico que a interpretação do órgão jurisdicional se apresenta melhor do que aquela conferida pelo administrador ou que este extrai sentido normativo mais adequado do que aquele invocado pelo órgão legislativo quando se inspirou a editar a regra jurídica.

Insista-se: são interpretações, sem qualquer adjetivação a priori. A juridicidade, então, passa a desempenhar papel fundamental a vincular o funcionamento da Administração, que deve agir nos limites normativos firmados pelo Direito. Saber qual é esse limite e em que medida restringe o agir administrativo configura complexa questão de difícil percepção.

No Direito brasileiro, ao nível constitucional, há expreso reconhecimento do Estado Democrático de Direito (art. 1º), estabelecendo-se como fundamento basilar da proteção dos direitos e garantias fundamentais que “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*) e que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Ainda, o *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que toda a Administração

Pública de qualquer dos Poderes dos entes federados obedecerá ao princípio da legalidade. No plano infraconstitucional, ganha destaque a exigência da lei 9.784/1999 a estabelecer que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da legalidade (art. 2º, *caput*) e que, nos processos administrativos, será observado, dentre outros, o critério de atuação conforme a Lei e o Direito (art. 2º, parágrafo único, inciso I).

Já na atual Constituição portuguesa também há expresse reconhecimento do Estado de direito democrático, prevendo, em seu art. 266º, n.º 2, que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei. Ainda, em nível inferior legislativo, o Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015), reproduzindo a determinação constitucional, dispõe, dentre os princípios gerais da atividade administrativa, que, por força do princípio da legalidade, “os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins” (art. 3º, n.º 1).

Atribuindo ainda maior ênfase à vinculação à legalidade, a Constituição espanhola realça, já no preâmbulo, a intenção “[c]onsolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Com isso, reconhece a formação de um Estado social e democrático de Direito (art. 1º) e estabelece a plena subordinação de cidadão e poderes públicos às disposições da Constituição e do resto do ordenamento jurídico (art. 9. 1), devendo, para isso, o texto constitucional garantir a aplicação e o respeito ao princípio da legalidade (art. 9. 2). Especificamente em relação ao funcionamento da Administração Pública, ordena que deve servir perseguindo os interesses gerais, de acordo com os princípios estabelecidos e com plena submissão à lei e ao Direito (art. 103). Como garantia desse dever, reconhece atribuição constitucional aos Tribunais para controlarem a legalidade da atuação administrativa e a vinculação desta aos fins que a justificam (art. 106). Tais exigências voltadas à Administração Pública estão, com destaque, replicadas na Ley 40/2015, de 1 de octubre (*Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*), que reitera o dever de a Administração Pública servir com plena sujeição à Constituição, à Lei e ao Direito (art. 3.1), de modo a desenvolver suas funções para alcançar os objetivos que estabelecem as leis e o resto do ordenamento jurídico (art. 3.3).

Verifica-se, portanto, preocupação homogênea nos ordenamentos jurídicos analisados acerca da vinculação do Estado, e mais especialmente da própria Administração Pública, ao referencial normativo jurídico, para além da Lei em sentido estrito, em direção ao conjunto normativo que forma o bloco de juridicidade.

Estabelecido o alcance do conteúdo do bloco de juridicidade para a interpretação e funcionamento administrativos, importa densificar essa ideia para, então, conferir sentido à conformação jurídica da despesa pública.

Ora, viu-se que o ato despesista constitui fenômeno multidimensional, a encerrar aspectos políticos, econômicos e jurídicos. Ao tempo em que se reconhecia ares de superioridade e suficiência à lei, observava-se, no núcleo intrínseco da despesa, a escolha pública, como elemento político, inserido no campo da discricionariedade do gestor e, portanto, imune ao controle externo; a performance e os resultados, de diminuição patrimonial e benefícios proporcionados à sociedade, estavam insertos em sua dimensão econômica, com repercussão direta nas finanças públicas, mas sem conotação jurídica, à míngua de regular consideração em preceito legal; e a compatibilidade do processamento e do conteúdo do dispêndio com a regras jurídicas, no sentido de se harmonizar com a autorização nos limites estabelecidos em lei, constituía seu aspecto jurídico, servindo de parâmetro de controle e correção jurisdicional, nessa hipótese, a configurar transgressão à moldura estabelecida na disposição normativa estatal.

Com a guinada operada com a mutação do princípio da legalidade e o reconhecimento da vinculação da Administração ao bloco de juridicidade, a despesa pública e sua própria conformação jurídica são afetadas, pois as dimensões que compunham, estática e isoladamente, o ato despesista se fundem e passam a constituir amálgama jurídico⁶⁴³. Desse modo, sobretudo com consideração da normatividade dos princípios jurídicos aplicáveis ao Direito Financeiro e ao agir administrativo, confere-se plena abertura à sindicabilidade jurídica do gasto público. Com efeito, independentemente da previsão legal, observa-se que a escolha pública não mais se encontra imune ao controle respectivo, pois deve se condicionar à normatividade dos princípios orientadores da Administração pública, como impessoalidade, moralidade, eficiência, transparência, equidade, eficácia, economia, igualdade, dentre outros. Os meios e resultados dessa escolha, compreendidos como impacto proporcionado no patrimônio estatal e alcance dos objetivos sócio-econômicos tutelados pelo interesse público, antes compreendidos como elementos alheios ao mundo jurídico, passam a servir de instrumentação e critério de controle para aquilatar a correção do agir administrativo.

Com isso, estrutura-se a conformação jurídica da despesa pública, que não mais se esgota na simples consideração de adequação à legalidade estrita, mas exige que seu conteúdo, em todas suas nuances, seja submetido ao exame de compatibilidade com todo

⁶⁴³ No mesmo sentido, cfr.: MARTINS, Maria d'Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 68.

ordenamento jurídico, sem margem de inalienabilidade. Desse modo, conforme adverte a doutrina, “esta nova forma, mais ampla, de perspetivar atualmente o princípio da legalidade, permite ‘olhar com novos olhos’ para o poder discricionário, que já não é (não pode ser visto) como um poder originário não controlável pelos tribunais, mas antes como um poder jurídico e, ainda que de um modo particular, justiciável”⁶⁴⁴.

Aqui, não se tem a intenção de apontar ou esgotar todos parâmetros de conformação jurídica que estruturam o bloco de juridicidade despesista, mas, tão somente, referir que, com o entendimento exposto, a despesa pública se sustenta em bases jurídicas que justificam amplíssima atuação controladora - justiciabilidade⁶⁴⁵.

Essa visão não representa, de outro modo, qualquer violação ao princípio da separação das funções estatais, porquanto, apesar desse reconhecimento, a interpretação jurisdicional somente haverá de prevalecer, como referência de controle externo, se, em termos concretos, restar demonstrado que os critérios adotados pelo decisor despesista não se harmonizavam com os preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Apenas a título de ilustração, na linha do que já exposto, considerando a referência da aplicação da eficiência despesista como traço indicativo de conduta violadora da respectiva juridicidade, apesar do cabimento do controle calcado nesse parâmetro, somente a demonstração efetiva de transgressão dessa condição imporia a intervenção jurisdicional, jamais no sentido de substituir a decisão administrativa, mas, sim, de invalidar – cessando os efeitos ou apurando responsabilidades – o gasto público efetivado.

Por isso, ressalta-se o relevante papel dos tribunais na definição dos parâmetros de juridicidade despesista, porque, ao fim, incumbe a esses órgãos de controle externo, dotados de poder político, por legitimidade derivada do próprio texto constitucional e, por assim dizer, indiretamente, da soberania popular, buscar construir parâmetros objetivos de controle, pautando-se na amplitude da conformação jurídica e, por outro lado, na necessidade de autocontenção e reconhecimento da limitação das capacidades institucionais para apontar qual a melhor escolha administrativa (controle atenuado). Afinal, como adverte o professor

⁶⁴⁴ cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 135.

⁶⁴⁵ Sobre esse ponto, cfr.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 129, considerando que os tribunais devem proceder ao controle da atividade administrativa não apenas em relação à legalidade em sentido estrito, mas a toda a juridicidade. No mesmo sentido, cfr.: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 52; cfr. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 427.

PAULO OTERO⁶⁴⁶, “o controlo judicial, refugiando-se na ausência de conhecimentos técnicos e científicos extrajurídicos, se limita a uma apreciação apenas dos casos de ‘erro manifesto’, utilizando-se o critério do ‘ostensivamente inadmissível’ ou ‘manifestamente desacertado’”.

Com efeito, não se pode admitir o voluntarismo judicial como parâmetro e motivação do controle administrativo, impondo-se a “necessidade de criar critérios ou padrões minimamente funcionais que permitam que os resultados interpretativos não sejam tão divergentes que coloquem em crise a segurança jurídica e proteção da confiança legítima que todos esperam do ordenamento”⁶⁴⁷.

É dessa forma que se vai talhando e edificando, com maior precisão e segurança jurídica, o conteúdo da conformação jurídica despesista. Parte-se, pois, na base do conteúdo legal, da ideia de bem comum dirigida ao Estado, para, realçando o conceito de interesse público, balizar o agir administrativo despesista destinado à satisfação das necessidades públicas.

Os critérios analíticos, sobretudo aqueles referentes a postulados normativos principiológicos, ainda que importados e adaptados ao ordenamento jurídico, passam a ser considerados, em conformidade com o texto constitucional, fundamento jurídico de validade e sindicabilidade. Admite-se, pois, a juridificação administrativa pelo respeito a normas extrajurídicas, pois se considera que a Administração Pública possa tomar como referencial vinculativo, em conformidade com previsão inserida em preceitos jurídicos, normas de natureza não jurídica, cujo desobediência sempre significa violação da lei a que para elas se remete, sendo, portanto, ilegalidade passível de pleno controle jurisdicional⁶⁴⁸.

Essa concepção, entretanto, não escapa à crítica de aparente perda de legitimidade democrática, pois, a tomar como referência a aplicação normativa do princípio da eficiência, reconhece-se que “as exigências de tecnicidade da moderna Administração limitam ou condicionam a dimensão político-democrática da decisão administrativa e, numa outra

⁶⁴⁶ Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2019, p. 768. Sobre este ponto, remete-se o leitor à consideração da maximalidade (escolha aceitável) em razão da insuficiência das informações do decisor administrativo (capítulo II, Seção 2) e da demonstração de premissa da certeza epistêmica (capítulo III, seção 2), ambos como condicionantes para efetiva interferência jurisdicional na decisão administrativa.

⁶⁴⁷ Cfr.: ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 96.

⁶⁴⁸ Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2019, p. 763-764. A questão lançada à reflexão por referido autor coincide com a ideia já anunciada neste texto, a saber “se essa aquisição de relevância jurídica das normas extrajurídicas é acompanhada de um verdadeiro processo de juridificação, transformando as normas em causa em normas jurídicas por ‘absorção’ do ordenamento que as acolhe, ou, pelo contrário, se não se opera essa juridificação, continuando as normas a possuir uma valia extrajurídica autónoma” (ibid., p. 763-764).

vertente, própria configuração da legalidade habilitadora da actuação administrativa”⁶⁴⁹. De fato, ao se conferir ampla possibilidade à atuação do controle da eficiência despesista (ou sobre qualquer outro critério técnico), consoante leciona PAULO OTERO⁶⁵⁰, fragiliza-se a legitimidade político-democrática do agir administrativo, pois acaba por remeter “a verdadeira decisão final” para estruturas compostas por técnicos, “que controlam a informação, possuem o elenco das soluções possíveis e têm a percepção sobre o sucesso das diferentes opções, razões pelas quais são elas que ditam materialmente a decisão ou, em alternativa, demonstram a inviabilidade da opção política”.

Decerto, não se pode ignorar que a admissão de controle de juridicidade mais amplo pode significar, em certa medida, a erosão da legitimidade democrática da Administração Pública, nem tanto pelo risco de intervenção jurisdicional, mas, sim, porque essa decisão estaria fundada em elementos técnicos que foram juridicizados, a revelar que, em última análise, o conteúdo decisório seria definido por agentes não investidos de aptidão democrática.

A visão aqui adotada não despreza a possibilidade desse reflexo negativo sobre a legitimidade democrática decisória, pois não se nega que a decisão político-jurídica estaria, desse modo, submetida a informações e análises próprias de outros campos do conhecimento.

Entretanto, dois argumentos autorizam, com todo respeito, entendimento diverso. Primeiro, a consideração analítica de dados não jurídicos já é adotada no controle jurisdicional, sem qualquer apontamento negativo à legitimidade da decisão a invalidar conduta administrativa ou privada⁶⁵¹. Tem-se, pois, que a postura jurisprudencial que

⁶⁴⁹ Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 296.

⁶⁵⁰ Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 296. No fundo, o debate pode ser sintetizado no conflito dos movimentos que tratam do deslocamento do centro efetivo da decisão na construção da legalidade administrativa: “como conciliar a legitimidade política da decisão, a qual confere protagonismo decisório aos órgãos democraticamente representativos da colectividade, com as acrescidas exigências de qualificação técnica eficiência na satisfação das necessidades colectivas a cargo da moderna Administração Pública, sabendo-se que estas apontam para a centralidade decisória das estruturas tecno-burocráticas?” (*ibid.*, p. 297).

⁶⁵¹ À guisa de ilustração, observa-se que o Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015) expressamente prevê poderes ao julgador para aplicar as regras de experiência técnica (art. 375), podendo se auxiliar de prova pericial (art. 464), que deverá explicitar, dentre outros elementos, a análise técnica ou científica realizada pelo perito e a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou (art. 473). No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 627.189 (cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 627.189**. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Julgamento em 08 jun. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 26\ nov. 2021), em que o Supremo Tribunal Federal concluiu que não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites dos parâmetros estabelecidos, privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública, com respeito ao atual estágio do conhecimento científico.

desconsidere a possibilidade de os tribunais recorrerem a peritos, “corre o risco de envolver uma limitação indevida do direito de impugnação contenciosa das decisões administrativas que é reconhecido pela Constituição”⁶⁵².

Ademais, mesmo que houvesse de se considerar relevante esse impacto na autoridade democrática do gestor, em ver sua decisão controlada sob fundamento técnico, em juízo de ponderação dos valores envolvidos, ainda assim, entende-se que, pautando-se parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, deve-se conferir maior efetividade aos princípios vinculados a aspectos técnicos, como no exemplo, tendentes a se orientar por critérios de “boa gestão”, dada a exigência contemporânea cada vez maior de compromisso com atuação técnica e científica na prossecução do interesse público⁶⁵³. Nesse caso, sendo a suposição empírica considerada certa (ou próxima), o princípio formal se atenua à pretensão de maior concretização do princípio material.

É nesse sentido, portanto, que se projeta a conformação jurídica da despesa pública, devendo se compatibilizar com a máxima normatividade – extraída de textos positivados (constitucionais, infraconstitucionais e infralegais) ou não, princípios expressos ou não, regras de Direito interno ou Direito Internacional –, submetendo-se, pois, a todo o ordenamento jurídico, sempre tendo por parâmetro direto a concretização do interesse público e, de forma mediata, encontrando sempre fundamento de validade na promoção do bem comum, razão pela qual se sujeita ao amplo espectro de controle jurisdicional, a quem incumbe, em casos de desvios de percurso do agir administrativo despesista, reposicionar o vício procedimental e da escolha pública nos limites da adequação jurídica. É o que se lança à reflexão.

⁶⁵² Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 768.

⁶⁵³ Cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 764-765. Este fenómeno encontra-se inserto no processo de juridificação de normas extrajurídica, designadamente na observação de que “em largos sectores de matérias, o exercício da função administrativa encontra-se refém de verificação de factos, da ponderação de valorações ou da simples aplicação directa de regras técnico-científicas que, funcionando como elementos integrantes de decisões administrativas ou de comportamentos de facto, exigem uma prévia actuação baseada na aplicação de tais regras e, neste sentido, sem envolver qualquer liberdade de escolha de soluções” (*ibid.*, p. 765).

CONCLUSÕES

A conexão estabelecida entre os elementos e argumentos expostos bem evidencia que as notas conclusivas ao presente texto não podem ser tomadas isoladamente. Em verdade, sedimentaram-se as considerações assertivas ao longo do percurso investigativo-exploratório proposto, a indicar a sistematicidade do conteúdo e a inviabilidade de se estabelecerem conceitos isolados e autônomos, sem sentido integrativo recíproco.

Está-se, pois, a reafirmar a imprescindibilidade de se observarem as múltiplas nuances do fenômeno despesista, sem as quais sua análise revela-se insuficiente e deficitária a compreender seu exato conteúdo, impedindo, por consequência, a investigação de sua conformação jurídica.

Assim, em arremate, calha indicar algumas notas conclusivas, construídas sistematicamente ao longo do percurso estabelecido no presente texto:

- 1) Não de hoje, a busca pelo “bem comum”, constitui elemento central de legitimação do Estado, fixando-se como referencial ideal a conduzir toda atuação pública;
- 2) Ancorada nessa visão e voltada à plena promoção do “bem comum”, a própria existência do Estado direciona seus esforços ao fornecimento de bens e direitos necessários ao desenvolvimento das potencialidades humanas;
- 3) Essa atuação ideal, no entanto, não é bastante quanto a abstração parece indicar, pois, dentre outros fatores, o Estado possui recursos disponíveis cada vez mais limitados, exigindo, assim, o devido equacionamento das finanças públicas no sentido de melhor atender aos anseios sociais;
- 4) A esse propósito, exige-se do Estado a projeção do “bem comum” na definição adequada do interesse público, assumindo-se, assim, apesar de sua aparente indeterminação, a concretizar os fins propostos para tutelar direitos e garantias fundamentais do indivíduo;

- 5) Sucede, portanto, rol amplo de escolhas levadas a efeito pelo Estado, designadamente a partir da observação das necessidades coletivas a indicar aquelas que serão efetivamente satisfeitas;
- 6) Essas necessidades públicas justificam, então, o agir administrativo tendente a estabelecer a definição do gasto público, decisão pública que não se alinha aos interesses puramente privados nem a conteúdo incompatível com preceitos de “boa gestão”;
- 7) Volta-se o olhar para a execução da despesa pública, ao lado da já conhecida e estudada função arrecadatória jurídico-tributária, como percurso adequado à estabilização das finanças públicas e ao aperfeiçoamento do objetivo de entregar bens e direitos compatíveis com as necessidades coletivas;
- 8) Afigura-se, pois, imprescindível compreender a despesa pública como fenômeno plural e heterogêneo, com dimensões políticas, econômicas e jurídicas, a ensejar reflexões não exclusivamente normativas, observando que sua conformação jurídica acaba por promover o encontro entre esses elementos, a princípio, estranhos ao Direito, mediante a juridicização da definição de políticas públicas e da projeção de aspectos econômicos para o universo jurídico;
- 9) A compatibilidade formal da despesa pública com o ordenamento jurídico, como requisito de validade, constitui condição essencial para sua execução, a ser observada desde os atos orçamentários preparatórios até sua ultimação, com o efetivo pagamento; destacam-se, nesse âmbito, os aspectos constitucionais e legais, nos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e espanhol, sobre a complexidade de elaboração orçamentária, da correspondente execução da despesa pública e do rígido controle a que se submete, no plano interno e externo, sobretudo pelos respectivos Tribunais de Contas;
- 10) Mas não apenas isso: essa normatividade ampla suscita reflexões sobre o próprio conteúdo do ato administrativo despesista, que não mais se considera válido com a simples adequação formal;

11) Sob o aspecto jurídico-político, aprofunda-se o alcance acerca da valência da discricionariedade administrativa como fundamento de validade intangível do ato administrativo despesista, a indicar nova redefinição desse instituto, não mais caracterizado pela imunidade jurídica de seu conteúdo, designadamente porque, a partir da construção teórica do neoconstitucionalismo, com alargamento da normatividade e dos campos de interpretação jurídica, passou a se submeter à sindicabilidade mais acentuada; analisam-se, então, semelhanças e distinções conferidas no tratamento do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, no Brasil, Portugal e Espanha, a se perceber os limites dessa intervenção, os parâmetros necessários para a autocontenção e garantia da não subversão da separação das funções estatais; em termos concretos, observa-se, na análise desses sistemas jurídicos, timidez normativa a respeito da regulamentação do exercício da atividade jurisdicional controladora sobre a atuação discricionária administrativa, pois se restringem, quando muito, verificada a inadequação da decisão discricionária, a indicar a impossibilidade de substituição da escolha administrativa pela valoração judicial (caso de Portugal e Espanha, pois, no Brasil, nenhuma norma limita expressamente essa possibilidade), nada obstando, entretanto, como consequência, em linhas gerais, a interferência na definição do conteúdo despesista;

12) De outro modo, a despesa pública também passou a ser percebida sob influência jurídico-econômica, especialmente a se considerar sua utilidade para sedimentação da ideia de governança, que tem a gestão orientada pelo crivo da performance; a importação para o âmbito jurídico dessa relação de custos e maximização dos resultados reverberou no reconhecimento da fundamentalidade e juridicidade do princípio da eficiência na definição do gasto público, como densificação da prossecução do interesse público; para esse fim, Brasil, Portugal e Espanha, ao nível normativo (constitucional e legal) e em sede de controle jurisdicional (Tribunais Constitucionais e Tribunais de Contas), conferem diferentes níveis de juridicidade ao problema, mas sempre a evidenciar que, com maior ou menor grau de intensidade, o agir administrativo despesista deve buscar qualificar a performance pública pela escolha dos meios disponíveis que proporcionem melhor resultado (a partir das informações disponíveis);

13) A linha comum que perpassa os ordenamentos jurídicos analisados, com a ressalva dos entendimentos expostos em sentido contrário, centra-se na consideração de abertura à ampla cognoscibilidade jurisdicional do controle de eficiência da despesa pública, mesmo em relação aos seus aspectos discricionários, haja vista o reconhecimento da normatividade concreta a impor o respeito à eficiência, eficácia e economia. No entanto, a efetiva intervenção jurisdicional sobre o mérito da escolha despesista somente se revela legítima se estiver lastreada em elementos mínimos a indicar a insuficiência ou incorreção da decisão administrativa: quanto menor a certeza de premissas epistêmicas da ineficiência despesista, maior valor deve ser conferido à escolha pública administrativa, a revelar necessidade de autocontenção no respectivo controle do ato administrativo;

14) Reconhece-se, assim, na base da juridicidade da despesa pública, além de critérios extrínsecos de formação do ato despesista, parâmetros de certeza epistêmica de performance extraídos de fontes originariamente não jurídicas, sedimentadas a partir de experiência prévias e incorporadas pelo ordenamento jurídico, a definir *standards* científicos conducentes à “boa gestão” e ao pleno atendimento do interesse público;

15) Segue-se, então, que a percepção do princípio da legalidade, anteriormente reservada à simples aplicação da lei, não mais se harmoniza com a redução do seu conteúdo, indicando a necessidade de se buscar sentido normativo em o todo ordenamento jurídico;

16) A abertura normativa propõe, então, redefinição da legalidade estrita, que passa a evoluir ao conceito de juridicidade, a estabelecer a necessidade de conformação jurídica dos fatos e fenômenos sociais com as normas extraídas do arcabouço jurídico, por inspiração hermenêutica de regras e princípios jurídicos;

17) Tem-se, portanto, ampliação dos parâmetros de controle de juridicidade, que não mais se restringem ao cotejo com a lei, mas, também, passam a dispor sobre aspectos

não originariamente jurídicos, que, uma vez juridicizados, incorporados ao ordenamento jurídico, seguem a embalar a execução da despesa pública;

18) Essa normatividade ampla, reveladora da orientação da dimensão jurídica da despesa pública, não prescinde de autocontenção da atuação jurisdicional, porquanto a legitimação dessa função estatal somente se encontra presente enquanto não se proponha a substituir arbitrariamente o ato sindicado: não havendo evidências técnicas epistêmicas a revelar que a decisão despesista constitui desconformidade com ordenamento jurídico, ela deve prevalecer, mesmo em sede de controle jurisdicional;

19) Constrói-se, assim, o entendimento de que todos esses elementos se alinham e convergem a formar critérios à conformação jurídica da despesa pública, pois: **i.** sempre deve se dirigir ao pleno atendimento das necessidades públicas, com espreque imprescindível na prossecução do interesse público; **ii.** insere-se no âmbito de atribuição da autoridade administrativa responsável pela gestão de recursos públicos, a exigir o devido respeito e acatamento de todos os agentes públicos (decisor e demais intervenientes) ao primado da separação das funções estatais; **iii.** define-se, sobretudo nas situações de pluralidade de opções igualmente válidas, como decisão de escolha pública, inserida no âmbito da discricionariedade administrativa; **iv.** condiciona-se à autorização formal orçamentária, como decorrência de manifestação jurídico-política estatal; **v.** deve observar requisitos formais gerais e específicos à validade de sua implementação, designadamente no que se refere à observância das etapas conectadas de seu procedimento vinculante; **vi.** subordina a definição de seu conteúdo (critérios de escolha administrativa) à máxima normatividade, submetendo-se a todo o ordenamento jurídico, inclusive a critérios econômicos juridicizados; **vii.** sujeita-se ao amplo controle interno e externo do atendimento aos requisitos formais de previsão e execução, sem os quais a previsão despesista é ineficaz e o gasto respectivo eivado de ilegalidade; **viii.** no âmbito jurisdicional, encontra-se suscetível ao controle de juridicidade de todos seus aspectos, inclusive daqueles inseridos no âmbito da atribuição própria do gestor público, desde que presentes elementos concretos a indicar desvios de percurso do agir administrativo ou insuficiência dos critérios administrativos a direcionar a despesa pública à melhor escolha disponível;

20) Tem-se, pois, o sentido e limites de conformação jurídica da despesa pública, propondo-se a se estabelecer como caminho juridicamente seguro à estabilidade das relações institucionais e ao aperfeiçoamento da prossecução do interesse público, contribuindo, assim, para o imprescindível equilíbrio da atividade financeira estatal, conducente, com um novo olhar sobre o ato despesista, ao alcance do ideal de “bem comum”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para todos: uma introdução simples a um pensamento complexo**. Trad. Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações Editora, 2010.

ALEXY, Robert. Princípios formais. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de processo administrativo**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ALMEIDA, Vasco. O Estado, a Economia e as Despesas Públicas em Portugal: 1974 - 2000. **Revista de Administração e Políticas Públicas**, vol. II, n.º 2, 154-172, 2001. Disponível em: <https://www.academia.edu/910564/O_Estado_a_Economia_e_as_Despesas_P%C3%BAblicas_1974-2000>. Acesso em: 15 Mar. 2019.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol 2. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

AMOROS RICA, Narciso; MARIN, Manuel. **Hacienda Publica – actividad financeira, presupuesto y gasto público**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1973.

ANDRÉ, Paula. A Lição da Pintura Pela Pintura: variações; paráfrases; apropriações; citações. **Varia História**, Belo Horizonte, vol. 24, n.º40, jul/dez 2008.

ANGELI, Alzira Ester et al. As Controladorias Municipais em Perspectiva Analítica: diagnóstico da atuação das unidades de controle interno dos municípios de Alagoas. **Revista da CGU**. v. 12 n. 21 (2020), 21, jan-jun/2020. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/86>. Acesso em: 18 set. 2021.

ARENILLA SÁEZ, Manuel (org.). **Gasto Público y Crisis Económica**. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10ª reimpressão. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

AULETE, Caldas. **Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da soberania do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, p.1-30, set./out./nov. 2007. Disponível em: < <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic> >. Acesso em: 20 jan. 2021.

BAILEY, Stephen K. O Interesse Público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BALLESTEROS ÁLAVA, Pio. **Manual de Hacienda Publica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

BARBOSA, Andreia Isabel Dias. The ‘popular financial action’– comparative analysis between Portugal and Spain. **PoLaR – PORTUGUESE LAW REVIEW**, Almedina, Coimbra, v. 1. p. 43-64, jul./2017. Disponível em: < <http://www.portugueselawreview.pt/wp-content/uploads/2017/08/0.-POLAR-VOLUME-1-SP-RING-SUMMER-2017-No-1.pdf> >. Acesso em 21 jul. 2021.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista synthesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php//article/view/7433>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean; Self-Confidence and Personal Motivation. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. 117, No. 3, Ago., 2002), p. 871-915. Oxford: Oxford University Press.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. ISSN 1981-1888. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262> >. Acesso em: 05 jan. 2019.

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. **The Theory of the State**. Oxford: Clarendon Press: 1895.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. 14. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma Teoria do Interêsse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça / Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução** / Conselho Nacional de Justiça; Brasília: CNJ, 2019, disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf> >. Acesso em: 17 jul. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade** / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021, disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf >. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRITANICA, The Editors of Encyclopaedia. "Jean Buridan." Disponível em < <https://www.britannica.com/biography/Jean-Buridan> > Acesso em 07 set. 2021.

BUCHANAN, James M.; FLOWERS, Marilyn R. **Introduccion a la Ciencia de la Hacienda Publica**. Trad. Jesús Ruza Tardío e Fernando Castro. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

BULLON, Stephen (edit) et al. **Longman Dictionary of Contemporary English**. 3 ed. Harlow: Pearson Education, 2003.

BUTLER, Eamon. **Escolha pública – um guia**. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Bunker editorial, 2015.

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 1, p. 151–174, 2018. DOI:

10.12660/rda.v277.2018.74805. Disponível em: <
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/74805> >. Acesso em: 21 nov.
2021.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W.W. Norton, 1978.

CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, p. 329-341, ano VII. Porto: Coimbra Editoria, 2010, Disponível em: <
https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49810 >. Acesso em: 19 nov. 2021.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Comunidad Jurídica y experiencia interpretativa – Un modelo de juego intertextual para el Derecho**. Barcelona, Ariel Derecho: 1992.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Derecho y narración – materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1996.

CALVO GONZÁLEZ, José. **El discurso de los hechos – narrativismo en la interpretación operativa**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In: HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CARROLL, Lewis. **Alice's adventures in Wonderland**. Chicago: Volume One, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, José Tomé de. Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português. **Revista Julgar**, n. 21, Setembro-Dezembro/2013, p. 75–87, Disponível em <
<http://julgar.pt/breves-palavras-sobre-a-fundamentacao-da-materia-de-facto-no-ambito-da-decisao-final-penal-no-ordenamento-juridico-portugues/> >. Acesso em: 17 dez. 2018.

CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial, **Revista Julgar**, n. 06, setembro-dezembro/2008, disponível em <
<http://julgar.pt/argumentar-na-decisao-judicial/> >. Acesso em 09 dez. 2018.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. 5 ed. Madrid, Tecnos: 2008.

CASALTA NABAIS, José. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 137. p. 09-37, jan-fev. 2021.

CASSINELLI, C. W. O Interesse Público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome – o dilema brasileiro: pão ou aço**. 10 ed. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

CAZORLA PRIETO, Luís Maria. **Derecho Financiero y Tributario – Parte General**. 4 ed. Madrid: Aranzadi, 2003.

COHEN, Julius. O Interêsse Público na opinião de um advogado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

COLM, Gerhard. O Interêsse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CONTI, José Maurício. Prefácio. In: CÂNDIA, Eduardo. **Despesa pública e rent-seeking: um olhar jurídico pós-positivista ao controle do gasto público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 37, abr. 2012. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1845>>. Acesso em: 18 set. 2021.

COSTA, Paulo Nogueira. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. 2 ed. Lisboa: Petrony, 2017.

CRISTOVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de “bem comum” no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, abr. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57508>>. Acesso em: 31 out. 2020.

CRUZ, Maria do Carmo Meirelles Toledo et al. Controle interno em municípios brasileiros: uma análise das Controladorias-Gerais dos municípios diante do modelo da Controladoria-Geral da União. **Revista de Gestión Pública**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 297-328, junho 2020. ISSN 0719-1839. Disponível em: <<https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/view/2244>>. Aceso em: 18 set. 2021.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Artigo 100. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. In JOÃO ANTUNES, Maria et al (orgs.), **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica, in: **Textos de hermenêutica**. Trad. Alberto Reis. Porto: Rés, 1984.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O Controle Externo dos Contratos da Administração Pública pelo Tribunal de Contas: Ensaio sobre o Momento da Fiscalização Financeira Adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44574/31253>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar com clareza. 52 erros de raciocínio que não devemos cometer**. Trad. Pedro Garcia Rosado. Lisboa: Temas e Debates, 2015.

DUARTE, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010.

ELENO RODRÍGUEZ, David. Acto administrativo y relación jurídica de gasto. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999.

ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciências sociais**. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994

FEITOSA, Raymundo Juliano. Artigos 70 ao 75. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Abel L. Costa. **Economia Pública: Eficiência económica e teoria das escolhas públicas**. Lisboa: Edições Sílabo, 2008.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos**. 2 ed. 11ª impressão. Porto Alegre: Editôra Globo, 1969.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La jurisdicción contencioso-administrativa: evolución, ámbito y órganos. In CANO CAMPOS, Tomás (org.). **Leciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo**. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2009.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Instituciones de Derecho financiero**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. Artigo 37. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas – uma arqueologia das ciências humanas**. 8 ed. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

FUENTES ESCRIBANO, Santiago. El control externo del gasto público. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público: ejecución y control**. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999.

FUENTES QUINTANA, Enrique. **Hacienda Pública: introduccion, presupuesto y efectos económicos de ingresos y gastos públicos**. Madrid: Mimeo, 1973.

GABARDO, Emerson; HACEHM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Vol 2. Trad. Manuel Olasagati. Salamanca: Sígueme, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. **A Ideia do Bem Entre Platão e Aristóteles**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GADELHA, Gustavo de Paiva. **Isenção tributária: crise de paradigma do federalismo fiscal cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2010.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALEANO, Eduardo. **Las Palabras Andantes**. 5 ed. Buenos Aires: Catalogos, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Política e Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Iniciação à teoria do Estado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GAMBLE, Climbe. Os Caçadores-Colectores e a Origem dos Estados. In HALL, John A. (org). **Os Estados na História**. Trad. Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

GAMEIRO, António Ribeiro; COSTA, Belmiro Moita da; COSTA, Nuno Moita da. **Finanças Públicas**. Coimbra: Almedina, 2018.

GANGEMI, Lelo. **Tratado de Hacienda Publica**. Vol I. Trad. Francisco Fernández Flores. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964.

GARCIA CRESPO, Milagros. Una visión general del control público. In GARCIA CRESPO, Milagros (org.). **El control del gasto público en Europa**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 14 ed. Madrid: Civitas, 2008.

GARCIA, Maria da Glória. Despertar para o bem comum! In: PATO, João; SCHMIDT, Luísa; GONÇALVES, Maria Eduarda. **Bem comum: público e/ou privado?** p. 43-54. Lisboa: ICS, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22896/1/ICS_JPato_LSchmidt_LEN.pdf>. Acesso em 29 set. 2020.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. **Derecho Financiero**. Vol I. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1970.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. **O Direito dos Gastos Públicos no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N.º 150, 1999, p. 209-238. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17466.pdf>>. Acesso em 11 jan. 2019.

GORORDO BILBAO, José María. **El control de las cuentas públicas**. Madrid: Civitas, 2009.

- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRIFFITH, Ernest S. Os fundamentos éticos do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
- GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda**. Trad. Enrique R. Mata. 2 ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958.
- GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmar de Souza Queiroz, São Paulo: Saraiva, 1953.
- HABER, Stephen. **Crony Capitalism and Economic Growth in Latin American – Theory and Evidence**. Stanford: Hoover Institution Press, 2002.
- HAEBERLIN, Martin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- HAMELINE, Daniel. **Édouard Claparède**. Trad. Elaine Terezinha Dal Mas Dias e Izabel Petraglia. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.
- HAN, Byung-Chul. **O Aroma do Tempo - Um Ensaio Filosófico sobre a Arte da Demora**. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água Editores, 2009.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. New York: Norton, 1999.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a formação racional da convicção judicial. **Revista Julgar**, n. 13, Janeiro-Abril/2011, p. 155-173, Disponível em: <<http://julgar.pt/1546/>>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Ajustes nas despesas de pessoal do setor público: cenários exploratórios para o período 2020-2039. **Carta de Conjuntura**, número 48, jul./set. 2020. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200914_cc_48_>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. 2 ed. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. 1.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>> Acesso em: 26 Dez. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, São Paulo, Ano II, n. 6, p. 39-41, 2005.
- JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**, Fortaleza, n. 1, p. 197-242, abr. 2008.

JUSTO, António Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 131-158, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRADER, Lawrance. **A Formação do Estado**. Trad. Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

LAFFONT, Jean-Jacques. Étapes vers un État moderne, une analyse économique, 117-149, **État et gestion publique - Actes du Colloque du 16 décembre 1999**. Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française, Paris, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2 ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEWIS, George Cornwall. **Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms**. London: B. Fellowes, 1832.

LIXA, Ivone F. Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. **Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa**. 2011. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade do Minho, 2011. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20398/1/Tese_Carla%20Sofia%20Dantas%20Magalh%C3%A3es.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

MARQUES, Hernani; MANSO, Paiva; FERREIRA, Bacelar. **Lições de Finanças e Direito Fiscal**. Coimbra: Atlântida, 1932.

MARTIN QUERALT, Juan. et al. **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 30 ed. Madrid: Tecnos, 2019.

MARTINEZ LAGO, Miguel Angel; GARCÍA DE LA MORA, Leonardo; ALMUDI CID, José Manuel. **Lecciones de Derecho Financiero y Tributario**. 12 ed. Madrid: Iustel, 2016.

MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso. El Derecho de los Gastos Públicos. In MARTÍNEZ GINER, Luís Alfonso (coord). **Manual de Derecho Presupuestario y de los Gastos Públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso. La ordenación constitucional del gasto público en España. In GALÁN SÁNCHEZ, Ángel, et al. (Eds.). **El alimento del Estado y la salud de la**

"res publica": orígenes, estrutura y desarrollo del gasto público en Europa. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2013.

MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial. **Anuario de Historia del Derecho Español**, Tomo LXXXI, ISSN 0304-4319, N.º 81, 2011, p. 377-407. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3801949> >. Acesso em 11 jan. 2019.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARTINS, Maria d'Oliveira. Igualdade democrática e despesa pública justa. p. 83-99. In MARTINS, Ana Gouveia, et al. (coords.). **X Encontro de Professores de Direito Público**. Lisboa: ICJP, 2017.

MARTINS, Maria d'Oliveira. **Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. ISSN 2359-5639. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56183> >. Acesso em: 04 Jan. 2019.

MATOS, Maria Vitalina Leal de; BORGES; Vera da Cunha. **Introdução aos estudos literários**. Lisboa: Almedina, 2017.

MEIRELES, Cecília. **Ou isto ou aquilo**. Ilust. Odilon Moraes. São Paulo: Global, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set. out. nov., 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/questoes-fundamentais-de-tecnica-legislativa> >. Acesso em: 10 dez. 2018.

MESSITTE, Peter J. O direito administrativo nos Estados Unidos. **Revista Justiça e Cidadania**, edição 177, 28 maio 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MIAJA FOL, Miguel. Actividad Financiera y presupuesto de gastos. In FUENTES VEGA, Santiago (org.). **El Gasto Público**: ejecución y control. 2 ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/utopia/>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MINOR, William S. O Interesse Público e o supremo compromisso. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MOLINA MOLINA, José. **Ciudadano y gasto público**: por una gobernanza transparente y participativa. Pamplona: Aranzadi, 2014.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. **O Estado pós-moderno – Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado e a Sociedade Civil**. Lisboa: Quid Juris, 2018.

MONTEIRO, Jorge Vianna. O lado escuro da escolha pública. **Revista de Administração Pública**. 2007, v. 41, n. 3, p. 585-596. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-76122007000300009>>. Acesso em 19 set. 2021.

MORAES, Filomeno. A propósito dos Primeiros 20 Anos da Constituição Federal: democracia, república e reforma política. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição – Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 243–274, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77657. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657> >. Acesso em: 17 dez. 2021.

MUELLER, Dennis C. **Public Choice III**. Cambridge: Cambridge University Press: 2003.

MUSGRAVE, Richard Abel. O Interêsse Público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico resumido**. Rio de Janeiro, INL, 1966.

NASSIF, Lílian Erichsen; CAMPOS, Regina Helena de Freitas Campos (2005). Édouard Claparède (1873-1940): interesse, afetividade e inteligência na concepção da psicologia

funcional. **Memorandum**, 9, 91-104. Disponível em: < <http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/a09/nassifcampos01.htm> >. Acesso em 03 fev. 2021.

NEWTON, Isaac. **Of Colours**. Cambridge: Cambridge University Library. Disponível em: <http://www.newtonproject.ox.ac.uk/view/texts/normalized/NATP00004>. Acesso em: 15 de jan. 2021.

NIEMEYER, Gerhart. O Interesse Público e o Interesse Privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NIETO, Alejandro. Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. **Revista de administración pública**, p. 27-50, ISSN 0034-7639, N.º 50, 1966. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116185.pdf> >. Acesso em: 11 jan. 2019.

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia. p. 09-66. **Boletim de Ciências Econômicas**. Vol XLVI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: < <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/node/106201?hdl=24862>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 770, p. 53-92, dez. 2019.

OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OTERO, Paulo. A dimensão política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre Política e Administração. p. 713-734. In SOUSA, Marcelo Rebelo (coord.) et al. **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

PALLIERI, Giorgio Baladore. **Diritto Costituzionale**, 4 ed. Milano: Giuffrè Editore, 1955.

PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. 2 ed. Trad. Maria Luísa Ferreira Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2018.

PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, [S. l.], n. 218-219, 1989, p. 18. Disponível em: < <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5132> > . Acesso em: 18 nov. 2021.

PAVIANI, Jayme. A ideia de bem em Platão. **Revista Conjectura**, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, p. 68-82, Jan-Abr. 2012. Disponível em: < <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1527>>. Acesso em: 12 out. 2020.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

PEREZ DE AYALA, Jose Luis; AMOROS RICA, Narciso. **Hacienda Publica (apuntes)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.

PITSCHAS, Rainer. Gestão do valor público – um conceito de governação pública baseado no valor entre a economização e o bem comum. In MOZZICAFREDO, Juan; GOMES, João Salis; BATISTA, João S. (orgs). **Interesse Público, Estado e Administração**. Lisboa: Celta Editora, 2007.

PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000.

POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico, p. 103-148, **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, v. 10. 2001.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6. p. 41-78, 1946.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular. p. 169-206. In GOMES, Carla Amado, et al. (coords.). **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**. 2 ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. 144 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia – Antiguidade e Idade Média**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990.

REIS, Carlos; LOPES, Ana Cristina M. **Dicionário de Narratologia**. Coimbra: Almedina, 1987.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do**

interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de Finanças Públicas.** 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos –** Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Finanças Públicas e pós-modernidade. O Direito Financeiro como desvio à natureza principiológica e jurisprudencialista do Direito da União Europeia. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, Ano IV, 1, p. 143-152, Lisboa, 2011. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/52644>>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional. p. 619-639. In: CORREIA, Fernando Alves, LOUREIRO, João Carlos Loureiro e MACHADO, Jonatas E. M. (Orgs.). **Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36063>>. Acesso em: 20 Fev. 2019.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito Financeiro Local (Finanças Locais).** 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Práticas corruptivas e despesa pública: o exemplo da ferrovia nos ordenamentos brasileiro e portugueses. In: OLIVEIRA, António Cândido de; HERMANY, Ricardo. **Interloquções jurídicas luso-brasileiras.** vol.1. Braga: Associação de Estudos de Direito Regional e Local (AEDRL), 2015. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/37903>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **Direito da despesa pública.** Coimbra: Almedina, 2019.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Tipologia e Natureza Jurídica dos Atos Praticados pelo Tribunal de Contas. In ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores da (coords). **A Importância do Tribunal de Contas na Defesa do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2021.

ROCHA, Joaquim Freitas da; Gomes, Noel. Da responsabilidade Financeira. **Revista Scientia Iurídica**, Tomo LXI, n.º 329, p. 293-323, Maio–Agosto, 2012, Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51205>>. Acesso em: 10 Mar. 2019.

ROSANVALLON, Pierre. **O Parlamento dos invisíveis.** Trad. Thais Florêncio de Aguiar. São Paulo: Annablume, 2017.

ROSEN, Harven S.; GAYER, Ted. **Finanças públicas.** 10 ed. Trad. Rodrigo Dubal. Porto Alegre: AMDH, 2015.

RUBIN, Paul H. Crony Capitalism. **Supreme Court Economic Review.** 2015, n. 23, p. 105-120. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/686474>>. Acesso em: 19 set. 2021.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Hacienda y Derecho**. Vol. I. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1962.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: O Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, J. Albano. **Finanças Públicas**. Oeiras: INA Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Artigo 6º. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SARMENTO, Joaquim Miranda. A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental, **Revista Julgar (on line)**, n. 9, setembro/2015, disponível em <<http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/>>. Acesso em 02 jun. 2021.

SARTRE, Jean Paul. **Being and Nothingness: the principal text of modern existentialism**. Trad. Hazel E. Barnes. New York: Washington Square Press, 1978.

SECRETO, María Verónica. A seca de 1877-1879 no Império do Brasil: dos ensinamentos do senador Pompeu aos de André Rebouças: trabalhadores e mercado. **Hist. Cienc. Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 34-51, Mar. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702020000100034&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 abr. 2021.

SEGURA ORTEGA, Manuel. **Teoria del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Coimbra: Almedina, 2012.

SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2018.

SEN, Amartya. Maximization and the Act of Choice. **Econometrica**. p. 745–779. vol. 65, no. 4, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2171939>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Campinas: Edições Livre, 2020.

SILVA, Cibelle Celestino; MARTINS, Roberto de Andrade. A “Nova Teoria sobre Luz e Cores” de Isaac Newton: uma tradução comentada. **Revista de Brasileira de Ensino de Física**, v. 18, n. 4, p. 313-327, dez. 1996. Disponível em: < <http://www.sbfisica.org.br/rbef/pdf/v18a33.pdf>>. acesso em 14 jan. 2021.

SILVA, Hugo Flores. Novas Diretivas e tópicos de despesa pública. **Revista de Contratos Públicos**. n.º 11, CEDIPRE - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, p. 69-88, Coimbra: Almedina, 2016. Disponível em: Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/63112>>. Acesso em 20 jun. 2021.

SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

SILVA, Joana Aguiar e. Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar, **Revista do CEJ**, n.º 1, 2.º semestre 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. p. 519-544. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. p. 536-543. Vol 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Disponível em: < https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49890>. Acesso em: 20 Mar. 2019.

SILVA, Virgínia Mirtes de Alcânata et al. O desastre seca no Nordeste brasileiro. **POLÊMICA**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 284-293, jun. 2013. ISSN 1676-0727. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/6431/4857>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

SILVA, Vítor Aguiar e. **Teoria da Literatura**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

SKEEL JR, David Arthur. Public Choice and the Future of Public-Choice-Influenced Legal Scholarship, **Vanderbilt Law Review** 50, no. 3, abr/1997.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Tese (Doutoramento em Ciências Político-Económicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1955.

SORAU, Frank J. A confusão conceitual. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

TARUFFO, Michele. Narrativas processuais, **Revista Julgar**, n. 13, Janeiro-abril/2011, disponível em < <http://julgar.pt/narrativas-processuais/> >. Acesso em 09 dez. 2018.

- TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do Direito de Alexy. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- VALLE, Victorio. El gasto público en España: algunas reflexiones globales. In ALBI IBÁÑEZ, Emilio (coord.). **La Hacienda Pública en la Democracia** – Estudios en homenaje al professor Enrique Fuentes Quintana. Barcelona: Ariel, 1990.
- VASQUES, Sérgio (org.). **Eça e os impostos**. Coimbra: Almedina, 2000.
- VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A Justiça Administrativa**. 14 ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 5 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.
- WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, In: Cohen, Gabriel. **Weber. Sociologia**. São Paulo: Ática, 1982.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol 2. Trad. Régis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.
- WHITE, James Boyd. Establishing Relations between Law and Other Forms of Thought and Language. p. 3-22, **Erasmus Law Review**. Vol. 1. n. 3, 2008.
- WINFREY, John C. **Hacienda Publica: Elecciones colectivas y la Economia Pública**. Trad. José Alberto Parejo Gámir. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derechos, justicia. 11 ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Realismo y concreción del control de constitucionalidad – El caso de Italia. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Antonio Cabral de Mocado. 2 Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984;

ZYWICKI, Todd. Rent-Seeking, Crony Capitalism, and the Crony Constitution. **Supreme Court Economic Review**. 2015, n. 23, p. 77-103. Disponível em: < <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/686473>>. Acesso em 19 set. 2021.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n.º 1650341**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 14 mar. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). **Recurso Especial n.º 1837573**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em 26 out. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial n.º 1195462**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em 12 nov. 2013. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial n.º 1682836**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgamento em 24 abr. 2018. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária n.º 534**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 06 mar. 2008. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6524**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 15 dez. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4887**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 11 nov. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 2**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 15 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2238**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 24 jun. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3599**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 21 mai. 2007. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6118**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 25 jun. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6102**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 21 dez. 2020, Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6074**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 21 dez. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5816**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 05 nov. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 346 e 4.776**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 03 jun. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 154**. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Julgamento em 18 abr. 1990. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4066**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 24 ago. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Penal n.º 409**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 13 mai. 2010. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Intervenção Federal n.º 5101**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 28 mar. 2012. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 jan. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança n.º 25092**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 10 nov. 2005. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1726**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 16 set. 1998. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1292**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 23 ago. 1995. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 662**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 03 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 620**. Relator: Ministra Roberto Barroso. Julgamento em 03 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14 mai. 2008. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 573872**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 24 mai. 2017 – com repercussão geral. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 592581**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13 ago. 2015 – com repercussão geral. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 223**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 09 abr. 2014. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 23294**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento em 23 ago. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 31677**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 05 mai. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 727864**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 nov. 2014. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 34483**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 22 nov. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança n.º 23.891**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 19 fev. 2004. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 837.311**. Relator: Ministra Luiz Fux. Julgamento em 19 dez. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 272**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 25 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6442, 6447, 6450 e 6525**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 15 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.468**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 30 jun. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança n.º 33.340**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 26 mai. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n.º 627.189**. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Julgamento em 08 jun. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> >. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 015.818/2020-9**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 25 nov. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 031.306/2020-9**. Relator: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 23 set. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 025.778/2014-5**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 21 out. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Monitoramento n.º 009.659/2019-6**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 12 ago. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Desestatização n.º 000.350/2021-4**. Relator: Ministro Raimundo Carneiro. Julgamento em 25 ago. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n.º 015.513/2010-6**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 09 jun. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 003.632/2015-6**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 17 mar. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Tomada de Contas Especial n.º 024.964/2010-7**. Relator: Ministro Raimundo Carneiro. Julgamento em 29 set. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acompanhamento n.º 016.758/2020-0**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 28 out. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 011.196/2018-1**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 15 mai. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Relatório de Auditoria n.º 011.196/2018-1**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 15 mai. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 21 nov. 2021).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). **Apelação Cível n.º 0000251220134058203**. Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães. Julgamento em 09 mai (unânime). 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/> >. Acesso em: 06 jan. 2019;

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). **Apelação Cível n.º 08004886120124058200**. Relator: Desembargador Federal Leonardo Coutinho. Julgamento em 20 out. 2017 (por maioria, em composição ampliada). Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/> >. Acesso em: 06 jan. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Sentencia 34/2018**. Relator: Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Julgamento em 12 abr. 2018. Disponível em: < https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/25627#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). **Recurso de amparo n.º 219/97 (Sentencia n.º 215/2000)**. Relator: Magistrado don Magistrado don Julio Diego González Campos. Julgamento em 18 set. 2000. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 set. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Recurso de inconstitucionalidade n.º 3903/2016 (Sentencia 33/2019)**. Relator: Magistrado don Santiago Martínez-Vares García. Julgamento em 14 mar. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno). **Recurso de inconstitucionalidad n.º. 3774/2016 (Sentencia 132/2018)**. Relator: Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez. Julgamento em 13 dez. 2018. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://hj.tribunalconstitucional.es/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESPAÑA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 7/2021**. Relator: Consejera dña Margarita Mariscal De Gante Y Mirón. Julgamento em 19 jul. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESPAÑA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 13/2019**. Relator: Consejero don José Manuel Suárez Robledano. Julgamento em 17 jul. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESPAÑA. Tribunal de Contas (Sección de Enjuiciamiento). **Sentencia n.º 18/2016**. Relator: Consejero dña Margarita Mariscal de Gante y Mirón. Julgamento em 14 dez. 2016. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESPAÑA. Tribunal de Contas (Pleno). **Fiscalización n.º 1444**. Relator: Consejera dña Maria José de la Fuente y de la Calle. Julgamento em 27 jul. 2021. Pesquisa de Jurisprudência.

Disponível em: <
<https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ>>.
Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Secção). **Acórdão n.º 377/2021**. Relatora: Conselheira Mariana Canotilho. Julgamento em 27 mai. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 707/2017**. Relator: Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 08 nov. 2017. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 155/2004**. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Julgamento em 16 mar. 2004. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). **Acórdão n.º 296/2015**. Relatora: Conselheira Catarina Sarmiento e Castro. Julgamento em 25 mai. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Sentença n.º 17/2021**. Relator: Juíza Conselheira Helena Maria Ferreira Lopes. Julgamento em 30 ago. 2021. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 20/2020**. Relator: Juiz Conselheiro Alziro Antunes Cardoso. Julgamento em 06 abr. 2020. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Sentença 16/2013**. Relator: Juiz Conselheiro José Aveiro Pereira. Julgamento em 16 dez. 2013. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 39/2010**. Relator: Juíza Conselheira Helena Abreu Lopes. Julgamento em 11 mar. 2010. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (3ª Secção). **Acórdão n.º 15/2014**. Relator: Juíza Conselheira Helena Maria Ferreira Lopes. Julgamento em 26 jun. 2015. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 08/2016**. Relator: Juiz Conselheiro José António Mouraz Lopes. Julgamento em 21 jun. 2016. Pesquisa de

Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas (1ª Secção). **Acórdão n.º 42/2019**. Relator: Juiz Conselheiro Alziro Antunes Cardoso. Julgamento em 24 out. 2019. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tcjre.tcontas.pt/search.aspx> >. Acesso em: 21 nov. 2021.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.784 , de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1812)]. **Constitución política de la Monarquía española.** Cadiz, 1812. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1837)]. **Constitución de la Monarquía española.** Madrid, 1837. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1845)]. **Constitución de la Monarquía española.** Madrid, 1845. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1845.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1869)]. **Constitución democrática de la nación española.** Madrid, 1869. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1876)]. **Constitución de la Monarquía española.** Madrid, 1876. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1931)]. **Constitución.** Madrid, 1931. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. [Constituição (1978)]. **Constitución.** Madrid, 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.** Madrid, 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.** Madrid, 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.** Madrid, 2013. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12887-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ESPAÑA. **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.** Madrid, 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-21614-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ESPAÑA. **Ley de 02 de abril de 1845.** Madrid, 1845. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1845/3860/A00001-00001.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley de 06 de julio de 1845.** Madrid, 1845. Disponível em: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/organica/1845b.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley de 13 de septiembre de 1888.** Madrid, 1888. Disponível em: http://legishca.edu.umh.es/wp-content/uploads/sites/590/2014/10/1888-09-13-ejercicio-de-la-jurisdicci%C3%B3n-contencioso-administrativa_1-001.jpg. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley de 14 de septiembre de 1888.** Madrid, 1888. Disponível em: http://legishca.edu.umh.es/wp-content/uploads/sites/590/2014/10/1888-09-13-ejercicio-de-la-jurisdicci%C3%B3n-contencioso-administrativa_1-001.jpg. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley de 27 de diciembre de 1956.** Madrid, 1956. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1956/363/A08138-08158.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.** Madrid, 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.** Madrid, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: Presidência da República, [1976]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 dez. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 41, de 26 de junho de 2013.** Código de Processo Civil. Lisboa: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 22 dez. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 78, de 17 de fevereiro de 1987.** Código de Processo Penal. Lisboa: Presidência da República, [1987]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 22 dez. 2018.