

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

**A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR E A REFORMA DO
ESTADO – A BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS À GESTÃO DA COISA
PÚBLICA**

JAIRO COELHO MORAES

BELO HORIZONTE

2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

**A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR E A REFORMA DO
ESTADO – A BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS À GESTÃO DA COISA
PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito Administrativo

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Mendes

JAIRO COELHO MORAES

BELO HORIZONTE

2003

AGRADECIMENTOS

A DEUS, misterioso impulso que mantém acesa no homem a chama da humanidade em meio a tanta desumanização.

ÀS MINHAS COMPANHEIRAS, Daisy e Amanda, que no decurso deste trabalho comigo partilharam o pão da ausência, da renúncia, do silêncio e o fizeram com tanta resignação.

AOS MILHARES DE HERÓIS calados pela História os quais fizeram e fazem, na labuta diária, a grande revolução do exemplo, sobretudo do exemplo da **Justiça**. Em especial ao meu pai, Afonso Borges, silente semeador, que, do auge de quase um século, ainda vê brotar rebentos de seus exemplos de vida.

ÀQUELES MILHARES DE APOSENTADOS deste país que perseveraram na corajosa alegria de viver e cotidianamente realizam o milagre da sobrevivência, contrariando a quase absoluta privação que se lhes impõem os indignos e *mínimos* proventos distribuídos pelo Estado. Provam que *nem só de pão vive o homem*.

AO PROFESSOR DR. VICENTE DE PAULA MENDES,
solícito orientador que, com prudência, serenidade e
sapiência auxiliou-me na feitura deste trabalho.

AO PROFESSOR DR. PAULO NEVES DE CARVALHO, cujas
maiêuticas lições, adoçadas de sabedoria e simplicidade, se
eternizarão na memória e na prática de nosso educar.

RESUMO

O trabalho em apreço tem por objetivo discorrer sobre a gestão de Recursos Humanos na Administração Pública, destacadamente sobre o futuro instituto da *avaliação de desempenho do servidor*, inserto na Carta Política por força da Emenda Constitucional n. 19/98. Considerando a integração do mecanismo da avaliação de desempenho no conjunto de ações que compõem o gerenciamento de pessoal ora em prática na Administração, bem ainda a sua inserção no vasto cenário da reforma do aparelho estatal, aqui se lhe abordará de forma crítica e interdisciplinar, tendo em vista revelar os reais limites e possibilidades de concreção do especializado instituto. Nesse sentido, sem desatender ao conteúdo do expectado diploma, serão enfatizadas as garantias do servidor em face do exercício do poder disciplinar da eficiência do desempenho, bem assim as múltiplas variáveis influentes e determinantes da obtenção da eficiência na esfera pública as quais, destaque-se, não se encontram plenamente incluídas no projeto em foco.

ABSTRACT

This work has as its objective to present the future public servant performance evaluation institute foreseen in the Political Letter by force of Constitutional Amendment number 19/98, in discussion at this moment in the National Congress – Complementary Bill number 248/98. The performance evaluation will be developed in the context of Human Resources now practiced by Public Administration and this approach will request a critical and interdisciplinary appreciation able to reveal its real boundaries and possibilities of creation of that specialized institute. By the way, it was not abandoned the verification of the content of the certificate but will be also made evident the public servant guarantees in presence of the exercise of the disciplined power of efficiency. This work will also present the multiple and influential varieties that determine the acquisition of efficiency in performance at the public service but which aren't included in that project yet.

RÉSUMÉ

L'objectif de cette étude est de discourir sur le futur institut d'évaluation de les serviteurs publiques, comme prévue dans la Convention Politique pour force de l'Amendement Constitutionnel n. 19. Le but de l'évaluation de performance sera développée dans le riche contexte de la gestion des ressources humaines à présent pratiquées dans l'Administration Publique, raison pour le quelle leur évaluation demande bien une appréciation critique aussi interdisciplinaire, avec le propos de révéler les vraies limites et les possibilités de réalisation de cette l'institut spécialisée. En ce sens, sans négliger le contenu du diplôme considérée, occasion à la quelle seront rehaussés les droits des serviteurs em face de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'efficience, cette étude cherchera aussi à traiter des multiples variables qui influent et déterminent l'obtention de l'efficacité de la performance dans la sphère publique, et qui ne sont pas inclus dans le projet en évidence

Dissertação apresentada e defendida perante a Comissão Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1- DIREITO, ESTADO E MUDANÇA	23
1- O surgimento do Estado Moderno e as autocráticas bases do edifício administrativo.....	23
1.1- O declínio do Estado monárquico e a gênese da administração patrimonial: o foco na auctoritas	28
2- Controle do poder e racionalidade administrativa: O Estado Liberal e a implantação do modelo administrativo burocrático	33
2.1- O surgimento do Estado Liberal	33
2.2- O modelo de gestão burocrático: o foco nos meios	39
2.2.1- Patrimonialismo e burocracia à brasileira	43
3- Redefinição do papel do Estado: O Estado Social	51
3.1- Fatores de crise do Estado Social	54
3.2- A tecnoburocracia nacional	60
3.2.1- O “Estado Social” brasileiro	69
4- A adoção do paradigma gerencial: o foco nos fins	71
4.1- Globalização e reforma.....	71
4.2- Recortes da reforma estatal na Inglaterra.....	74
4.2.1- Contratualização e gestão competitiva no setor sanitário.....	76
4.2.2- Competição e autonomização no setor educacional	78
4.3- Antecedentes da reforma estatal brasileira.....	81

4.4- A reforma estatal no Brasil.....	83
4.4.1- A semântica da reforma.....	84
4.4. A reforma estatal no Brasil.....	83
4.4.1- A semântica da reforma.....	85
4.4.2- O servidor e os aspectos de pseudo-legitimação da reforma.....	87
4.4.3- O itinerário reformador.....	92
5- conclusão	102

2- DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO

1- Introdução.....	108
2-Complexidade social e atualização do Direito	109
3- Novos paradigmas sociais e a <i>interdisciplinaridade</i> do Direito.....	111
4- <i>Direito Administrativo e Administração</i>	115
4.1- O elemento <i>Direito</i> na Administração	118
4.2- O elemento <i>Administração</i>	119
5- A Administração Pública entre a eficácia e a eficiência de desempenho	123
5.1- O conceito técnico-administrativo da eficácia e da eficiência	124
5.2- O modelo de eficiência aplicável ao setor público	126

3- PRINCIPIOLOGIA, FORMA RE-FORMA DA ADMINISTRAÇÃO

1- Introdução.....	133
2- Novas perspectivas de aplicação do Direito	134
2.1- Extensão e a profundidade do princípio na vida do Direito.....	140

3- Princiologia constitucional e Administração Pública	147
3.1- Princípios de conformação estatal.....	150
3.2- Princípios de inteligência do Direito Administrativo de base constitucional.	153
3.2.1- A supremacia da Constituição	153
3.2.2- Presunção de constitucionalidade e legitimidade das leis e dos atos vertidos pelo Poder Público.....	156
3.3- O primado da eficiência na Administração Pública.....	158
3.3.1- Eficiência: imperativo humano e jurídico-democrático.....	158
3.3.2- O princípio da eficiência no ordenamento	160
3.3.3- As interfaces jurídicas do princípio da eficiência.....	163
3.3.3.1- A eficiência e os vetores economicidade: proporcionalidade e moralidade.....	163
3.3.4- Eficiência e princípio da indisponibilidade do interesse público.....	166
3.3.5- Eficiência e princípio da legitimidade das ações administrativas.....	171
3.3.6- Eficiência e processo disciplinar de avaliação de desempenho.	172

4- AVALIAÇÃO E CULTURA: DESAFIOS À IMPLANTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1- Introdução.....	174
2- A ontogênese do fenômeno avaliativo.....	177
3- Fundamentos mitológicos da realidade e moldura da avaliação	180
3.1- A influência das primeiras civilizações.....	181
4- Os paradigmas históricos da avaliação e seus efeitos sobre a avaliação de desempenho na Administração Pública.....	184

4.1- Na antiguidade greco-romana	185
4.2- Na Idade Média	188
4.3- Na Renascença	193
4.4- Na Modernidade	195
4.4.1- Avaliação e tortura nas instituições: a escola e a família	196
5- Na contemporaneidade: avaliação autoritária <i>versus</i> avaliação (trans) formativa	200
4.4.1- Avaliação e tortura nas instituições: a escola e a família.....	196
5- Na contemporaneidade: a avaliação autoritária <i>versus</i> avaliação (trans)formativa.....	200
5.1- A avaliação autoritária	201
5.2- A avaliação transformativa e sua contribuição à efetividade do processo de avaliação de desempenho na Administração Pública.....	205
5.3- Bases mínimas para uma nova meritocracia no setor público.....	210
5.4- Conclusão.....	217

**5- O PROCESSO DISCIPLINAR DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NO
PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 248/98 – QUESTÃO DE JURE
CONSTITUENDO**

1- Introdução.....	220
2- Fundamentos jurídicos da estabilidade e sua recente flexibilização	221
3- O dilema eficiência <i>versus</i> ineficiência: a inaplicação do poder- dever disciplinar como vetor de ineficiência na Administração Pública	230

3.1 As recentes bases constitucionais da eficiência de desempenho.....	236
3.2- Três razões do descumprimento da disciplina da eficiência	240
4- O procedimento administrativo disciplinar de avaliação de desempenho no projeto de Lei Complementar n. 248/98	243
4.1- A locução <i>processo administrativo</i>	244
4.2- O objeto da avaliação de desempenho	246
4.3- A periodicidade da avaliação.....	249
4.4- Os critérios da avaliação.....	252
4.5- O procedimento de averiguação da eficiência	262
4.5.1- As competências da comissão avaliadora.....	267
4.5.2- Desempenho e formação do servidor.....	276
4.5.3- A finalidade da avaliação.....	281
5- Outras regras do processo avaliatório.....	284
5.1- Os prazos	284
5.2- Os recursos	289
6- A extinção do vínculo funcional e a prescrição administrativa.....	294

6- O EXERCÍCIO DO CONTROLE DO PROCESSO DISCIPLINAR DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

1- Introdução.....	298
2- Disciplina e controle – o controle <i>do</i> poder e o controle <i>no</i> poder	299
2.1- As raízes do controle <i>do</i> poder.....	300
2.1.1- Jurisdição e controle <i>do</i> poder disciplinar	302
2.1.1.1- O contencioso administrativo no Brasil.....	302

2.1.1.2- A instituição da unidade jurisdicional	306
2.1.2- Controle principiológico do processo disciplinar de avaliação de desempenho	308
2.1.2.1- O princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.....	309
2.1.2.2- O princípio do impulso oficial, da verdade real e da formalidade.....	323
2.1.2.3- O princípio da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da finalidade	326
2.1.2.4- O princípio da proporcionalidade	330
2.1.2.5- O princípio da motivação e da sindicabilidade dos atos administrativos	331
2.1.3- Discricionariedade e controle do processo disciplinar de avaliação de desempenho	335
2.1.3.1- O fundamento da discricionariedade	335
2.1.3.2- Limites à discricionariedade.....	336
2.1.3.3- Discricionariedade e processo disciplinar.....	342
2.1.3.4- A discricionariedade técnica	349
3- Conclusão.....	348

7- OUTROS MECANISMOS FLEXIBILIZADORES DO VÍNCULO JURÍDICO-FUNCIONAL DO SERVIDOR

1- A promoção da responsabilidade enquanto dever administrativo	352
2- A tríplice responsabilidade funcional e a questão da comunicabilidade das instâncias respsoriais na Lei n. 8.112/90	354
3- A vinculação do poder disciplinar ao comando da boa administração.....	359

4- Limite de gastos com pessoal e exoneração por excesso de despesas	362
4.1- Aspectos da gestão financeira de recursos humanos nas Leis n. 101/2000 e n. 9.801/99.....	364
5- Demissibilidade por ineficiência e direito adquirido	378
CONCLUSÕES.....	381
BIBLIOGRAFIA	388
ANEXO - Projeto de Lei Complementar n. 248/98.....	399

1- INTRODUÇÃO

Em 1998 o Governo Federal obteve, após intensas negociações políticas, a aprovação de projeto de Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998 que, entre várias outras medidas, introduziu na Constituição significativas alterações quanto ao exercício da função pública. No bojo das inovações, o art. 41 da Constituição passou a abrigar a flexibilização da hermética estabilidade atribuída ao servidor. Além da ampliação do período do estágio probatório, inseriu-se no inciso III, do § 1º do art. 41, **disposição permissiva da perda do cargo público em face de insuficiência de desempenho** a ser apurada mediante **procedimento de avaliação periódica**, tema cuja substancialidade pretende-se tratar nesta dissertação. Quanto à efetivação do instituto da **avaliação de desempenho**, ficou a cargo de lei complementar cujo projeto fora apresentado à Câmara em 19 de outubro de 1998. A proposição - **Projeto de Lei Complementar, PLC n. 248/98**, no Senado PLP n. 43/99 - foi classificada em regime de apreciação de urgência, conforme art. 155 do Regimento Interno daquela Casa. Apesar dessa classificação, desde então vem o projeto tramitando (quicá *dormitando*) entre as comissões técnico-legislativas ao aguardo de desfecho aprovador.

Importa destacar em preâmbulo, com vistas a delimitar o foco de investigação do presente estudo, bem como evitar distorcidas expectativas acerca do mesmo, que no vasto cenário da reforma aqui serão eleitas as questões relacionadas à gestão de recursos humanos na Administração Pública. Mais

especificamente, serão estudados aqueles aspectos que envolvem a relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e seus servidores, no que tange à efetivação do "novel" **Instituto da avaliação de desempenho** previsto no inciso III do art. 41 do texto constitucional. E, como repetidas vezes se exortará, avaliar desempenho envolve avaliar *pessoas, cultura, estruturas, recursos*, enfim, compreende avaliar vasta gama de elementos influentes ou determinantes do desempenho. Por tais razões, sobretudo por acreditar nas dificuldades que os elementos culturais representarão à implantação do instituto da avaliação de desempenho na Administração Pública, a análise ora empreendida ultrapassará a reflexão meramente jurídica de modo a produzir incursões na vasta seara de outras ciências, como a História, a Sociologia e a Administração, essa última intimamente ligada à substancialidade ou ao processar do Direito *Administrativo*.

Desse modo, considerando-se a *interdisciplinaridade* de saberes e técnicas que marcam a experiência da Administração Pública, seria impraticável abordar o instituto da avaliação de desempenho, de modo adialético, ou seja, em desatenção às múltiplas variáveis culturais, econômicas, políticas, administrativas, sociais e jurídicas que enredam o tema. Por tal razão, no capítulo inaugural serão buscados os *elementos histórico-contextuais* da *reforma administrativa* evidenciados nas múltiplas pressões exercidas sobre o Estado - destacadamente sobre o Estado Brasileiro - pela sociedade econômica mundial. A seguir, em obediência à natureza essencialmente interdisciplinar inerente ao tema *avaliação*, se buscará *compreendê-la* em

relação a demais saberes, destacadamente em relação ao princípio *técnico-administrativo* da eficiência e sua aplicação na esfera pública.

Em prosseguimento, o estudo destacadamente jurídico será feito com base no texto do projeto de lei. Nesse particular, importa não esquecer que a matéria nele contida é questão *de jure constituendo*, logo passível de alterações pelo Congresso. Assim, em face da provisoriedade do texto do PLC n. 248/98, o presente estudo adquirirá caráter parcialmente prospectivo.

Ademais, a análise do projeto buscará integrar instituto da avaliação de desempenho aos delineamentos principiológicos e às balizas normativas já consolidadas no ordenamento a cuja obediência não poderá escapar. Nessa perspectiva, serão feitas referências ao caríssimo **princípio da eficiência** sobre o qual se erige o instituto, bem ainda a outros princípios que delimitarão a prática da avaliação, especialmente aqueles vinculados ao ***devido processo legal de investigação ou avaliação de desempenho***".

Enfim, como ao longo do trabalho se destacará, a adequada gestão de recursos humanos demandará o manejo de variadas competências por parte dos *gestores de mudanças*. Capacidade técnica, competência ética e interdisciplinaridade de conhecimentos serão qualidades necessárias a gerir o potencial humano de forma holística e prognóstica. Noutros termos, sem a compreensão e a superação dos atuais paradigmas em que se assenta a Administração Pública, e sem o reconhecimento dos amplos fatores interferentes sobre o resultado do trabalho humano, será impossível ao

administrador público lograr eficácia com a nova institucionalidade da avaliação de desempenho.

Feitas essas proemiais considerações, importa **sumariar os capítulos** do trabalho.

No primeiro dos capítulos, serão tratados os aspectos genéticos da constituição do Estado e os modelos de organização que lhe corresponderam ao longo da História. Nessa direção, serão produzidas breves análises dos modelos administrativos patrimonialista, burocrático e gerencial com vistas ao entendimento das atuais formas jurídico-administrativas encampadas pelo Estado. Assim, a fenomenologia do Estado traçada no capítulo sorverá das lições da História, porquanto não há efetiva reflexão-transformação da realidade que não preceda de atento conhecimento de seus ensinamentos. Ademais, um estudo que pretendesse a desconexão do Direito do seu amplo *habitat* histórico-social estaria por certo fadado à inocuidade.

No capítulo *segundo* se discorrerá sobre a interdisciplinaridade do Direito Administrativo e da Administração Pública com os postulados, saberes e técnicas hauridos da *Administração* (ciência autônoma ao Direito e à Administração Pública). A digressão apontará para a imprescindível interface existente entre conhecimentos técnico-jurídicos e conhecimentos técnico-administrativos, tendo em vista possibilitara a gerência ou controle da *eficácia* e da *eficiência* das ações administrativas reiteradas no ordenamento por meio da edição da Emenda Constitucional n. 19/98.

O **capítulo terceiro** buscará inteligir as estruturas jurídicas mestras da *forma* e da *re-forma* estatal, dando-se a necessária ênfase àqueles aspectos caros à eficiência administrativo-funcional. Nele se buscará demonstrar a fundamentalidade dos princípios e sua aplicação na vida do Direito em geral e na Administração Pública, em especial. Então, em razão de serem os *princípios* os elementos que criam e animam a vida da Administração Pública, será dada, ao final, inafastável destaque ao *princípio da eficiência*, vez que dele erige-se o comando da *gestão por resultados*, *ai a avaliação de desempenho*.

No **capítulo quarto**, em aberta, porém necessária transcendência à natureza jurídica do tema eleito, se procederá a uma *fenomenologia* da avaliação no universo humano no que concerne especificamente à sua gênese na cultura ocidental, notadamente na cultura brasileira. No capítulo, o tema *in genere* tratado será o da **avaliação**, ocasião em que serão expendidas considerações necessárias à inteligência da questão específica e principal, qual seja, a **avaliação de desempenho** – tema que será tratado nos capítulos seguintes. A digressão ali feita cingir-se-á a facilitar a compreensão das circunstâncias que cercaram e cercam o fenômeno da avaliação, com vistas a antecipar a visão-equação das *dificuldades* que marcarão o processo de implantação ou de institucionalização da avaliação de desempenho no serviço público.

O **capítulo quinto** está dedicado à análise textual do projeto de Lei Complementar n. 248/98 e tem por objetivo central demonstrar a pertinência ou a insuficiência dos seus dispositivos no que concerne a tratativa dada à apuração do desempenho funcional. A análise ali feita comportará, na medida

do necessário, eventuais remissões a diplomas correlatos tal como a Lei n. 8.112/90 e a Lei n. 9.784/99, naquilo em que tangenciam a responsabilização do servidor por desídia no cumprimento de suas atribuições. Ademais, nesse capítulo serão demonstrados velhos e novos alicerces do desiderato da eficiência administrativa, bem ainda os fundamentos do instituto da estabilidade haja vista que a demissão por ineficiência a esse instituto diretamente se reporta.

Já o **capítulo sexto** destacará o controle do exercício do poder disciplinar que se dirige à obtenção da eficiência do desempenho. Nesse capítulo serão apontados os variados princípios que submeterão o processo disciplinar empreendido pela Administração, tais como o princípio da legalidade, do devido processo legal, da moralidade, da motivação e da finalidade pública, entre outros.

Uma vez que a demissão por insuficiência de desempenho reporta-se ao *vinculum juris* que atrela o servidor à Administração Pública, proceder-se-á, no **sétimo capítulo**, à ligeira reportagem a outros institutos jurídicos que tangenciam tal vínculo, seja para modificá-lo ou extingui-lo. Nesse sentido, serão feitas referências à demissão por excesso de despesas normatizada na Lei Complementar n. 9.801, de 14 de junho de 1999, reguladora do § 4º do art. 169 da Constituição Federal, além dos dispositivos atinentes à gestão de pessoal contidos na Lei Complementar n. 101 de 04 de maio de 2000, ambas correlatamente agregadas ao entorno da eficiência na gestão de recursos humanos no setor público.

Encerrando o trabalho, e sem destoar da perspectiva reflexiva que norteou as considerações feitas ao longo do caminho, as conclusões finais buscarão aproximar-se de alguns *resultados* já produzidos pelos eventos reformadores, cuidando de reforçar outros julgados fundamentais à efetiva transfiguração do Estado e da Administração pública nacional.

1- DIREITO, ESTADO E MUDANÇA

Que o bem-estar do povo seja a lei suprema. Não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e organizada República. Marco Túlio Cícero, século I a.C. Da República.

1- O surgimento do Estado Moderno e as autocráticas bases do edifício administrativo.

As raízes da atual configuração administrativo-estatal têm longínqua ramificação na história do ocidente, remontando ao exsurgir dos Estados Modernos europeus dos escombros do mundo medieval. A derrocada do modo de produção feudal ocorrida na Europa a partir do século XIII resultou da conjugação de variados fatores os quais tiveram por culminância política a instituição de entes jurídico-políticos concentradores do poder então difusamente existente no mundo feudal: os Estados Nacionais.

Em grande esforço de síntese, entre as mudanças processadas no sistema sócio-econômico e político, e que resultaram na consolidação dos Estados Nacionais, tem-se: a) o paulatino desenvolvimento das cidades e do comércio; b) a emergência de nova classe social oriunda do crescimento do comércio, a burguesia; c) a crescente centralização de poderes político-administrativos em torno dos reis, fator imprescindível ao ulterior expansionismo europeu; d) o desenvolvimento intelectual e artístico.

e) a progressiva substituição do paradigma teocêntrico em face da emergência e difusão de novas idéias valorizadoras do homem, do profano, de uma cultura laica e antropocêntrica. f) o movimento expansionista marítimo-comercial resultante das necessidades econômicas da realeza, que, aliada aos interesses de enriquecimento da emergente burguesia, viria inaugurar uma das primeiras ondas do *fenômeno globalizatório* no ocidente.

Na Europa, a constituição das monarquias nacionais resultou da concentração de enormes poderes nas mãos dos monarcas, permitindo-lhes adotar várias e inéditas medidas administrativas, loteando funções de governança de cidades e regiões e entregando-as a pessoas fiéis ao rei. A criação e manutenção de um exército próprio, a fiscalização de fronteiras, a cobrança de impostos e a ampla regulação da vida social formataram, então, os *poderes de polícia* estatal.

Em termos administrativos, tais fatores demandaram ao Estado a criação de um rígido e controlado corpo de funcionários, hierarquizados sob a batuta do poder real, verdadeiros *servos* do rei, na autêntica acepção do termo. Relewa destacar que, à época, a instituição e a longevidade dos exorbitantes poderes reais advinha da legitimação teórica produzida pela ideologia absolutista¹.

¹ Documento da época revela a arquitetura da justificação: “Todo poder e toda autoridade estão nas mãos do rei. E não pode haver autoridade no reino a não ser aquela que ele estabelecer (...) Os reis são senhores absolutos e, naturalmente, têm o pleno direito sobre todos os bens, sejam eles possuídos pela Igreja ou pelos particulares”. Bonin-Kerdon, 1985: 110. O bispo francês Jacques Bossuet, nos escritos *Política tirada da Sagrada Escritura*, defendia que o rei vê de mais longe e de mais alto, portanto, vê melhor. Por tal razão, importa obedecer-lhe sem murmurar, “pois o murmúrio é uma disposição para a sedição.” BONIN-KERDON, Armelle et al. *Histoire: héritages européens*. Paris: Hachette, 1985 *apud* DUARTE, Gleuso Damasceno. *Jornada para o nosso tempo*. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1997.

Nos séculos seguintes, XVI a XVIII, a burguesia e os Estados Nacionais se afirmaram em função das conquistas comerciais oriundas das navegações, das novas descobertas e da conquista de regiões e povos. Portugal, Espanha, França e Inglaterra foram nações precursoras do colonialismo e as primeiras beneficiárias do crescimento econômico e político dele decorrentes.

Por quase toda a Europa, a expansão dos impérios coloniais e a crescente necessidade de obtenção de recursos para financiamento da máquina estatal obrigaram o Estado a promover a sua *primeira reforma administrativa* mediante políticas de intervenção na economia, o *mercantilismo*, política econômica empreendida pelo regime absolutista, baseada na tríade:

- a) controle da balança comercial, de modo a exportar mais e importar menos, retendo-se, assim, metais preciosos ao Estado;
- b) nacionalismo econômico exacerbado que preconizava a auto-suficiência estatal, com o objetivo de evitar a dependência em relação a outras nações;
- c) ampliação dos regimes coloniais com vistas a garantir o escoamento da economia metropolitana e o abastecimento dos cofres públicos com metais preciosos.

Em resultado, a parceria entre os interesses burgueses e os interesses estatais resultaria, ao longo dos séculos XVI a XVII, na consolidação de um Estado forte, de grande proporção. Um Estado onnipresente, interventor na economia

e controlador da vida social, estado de coisas paradigmaticamente sintetizado na conhecida frase atribuída ao déspota francês Luís XIV, "*l'état ces't moi*".

Os reflexos desse processo político autocêntrico sobre a rotina administrativa do Estado e sobre a incipiente administração estatal poderiam ser resumidos nos seguintes elementos abaixo:

- a) na prevalência da vontade real sobre demais interesses, fazendo submeter os interesses coletivos, da sociedade, aos interesses do governo, haja vista que os desígnios da vida social decorriam da *voluntariedade* do rei;
- b) no pleno descontrolo social dos atos de administração os quais eram praticados pelo governante e segundo o seu alvedrio;
- c) na absoluta indistinção entre o patrimônio público e o privado, entre governo e administração;
- d) na plena submissão dos funcionários ao comando real, através de seus prepostos.

Em vários países da Europa ocidental o poder monárquico fez prevalecer os seus intentos. Em Portugal, Espanha e, sobretudo, na França e Inglaterra, nações que mais significativamente experimentaram o absolutismo, a realeza centralizou amplos poderes - de natureza econômica, legislativa e jurídica -

² "O Estado sou eu", slogan do *Anciën Regime* predicado ao *Rei Sol*, Luís XIV, que demonstra a plena corporificação de poderes *jurídico-administrativos* nas mãos do déspota. Vários textos da época revelam o poder administrativo unipessoal do governante: "É somente na minha pessoa que reside o poder soberano (...) é somente de mim que os meus tribunais recebem a sua existência e a sua autoridade; é unicamente a mim que pertence o poder legislativo, sem dependência e sem partilha; toda a ordem pública emana de mim, e os direitos e interesses da nação, de que se pretende ousar fazer um corpo separado do Monarca, estão necessariamente unidos com os meus e repousam inteiramente em minhas mãos". MARQUES, Ademar *et al. História moderna através de textos*. São Paulo: Contexto, 1990. p. 58.

haja vista a inexistência de instituições voltadas ao controle dos atos reais, de sorte que prevaleceu o clássico princípio segundo a qual *o que agradava ao governante tinha força de lei*.³

Como se vê, os fins do Estado demonstravam-se autônomos, independentes da vida social. Como resultado, o patrimônio ou o conjunto de interesses que aglutinava consagrava-se antes ao interesse do déspota do que ao "interesse social", conceito então inexistente. Assim, séculos mais tarde, esses elementos autocráticos ou a *concepção autocrática do Estado* plasmariam correlata estruturação da Administração Pública brasileira em virtude da colonização e do legado lusitano, criando-se aqui a chamada **administração patrimonial**.

³ Aqui se está a referir ao paradigma político-administrativo autoritário que vigorou em fins do Império Romano. A regra contida no *quod principi placuit legis habet vigorem* (o que agrada ao príncipe, tem vigor ou a força de lei), prevalecera no período do Baixo Império (284 a 565 d.C), quando os amplos poderes enfiados nas mãos do Imperador tornavam-lhe um *dictator*. À época, sem a participação do povo nas assembleias comiciais e com o Senado enfraquecido, do Imperador emanavam variados atos com força de lei, os quais se destinavam a regular toda a vida social de então. Veja-se que a etimologia do vocábulo *patrimonial* é primitivamente elucidativa, merecendo breve comentário: *patrimonial* radica-se em *pater, patriis*, donde o cognato *paterfamilias*, figura social que detinha amplos e totalizantes poderes no seio da família, essa, por sua vez, entidade encarregada de reproduzir, na esfera privada, os amplos e ilimitados poderes estatais. Vale dizer: a primitiva família funcionava como uma espécie de microestado no qual o *paterfamilias* detinha poderes religiosos, civis e *jurisdicionais* sobre todos os seus membros e todos os bens familiares tomados de sua exclusiva propriedade e administração, o seu *patrimônio*. Atente-se para o fato de que essa característica de monoconcentração absoluta de direitos e prerrogativas em poucos e determinados sujeitos sociais é característica do direito e de muitas sociedades antigas, tal como a romana, e que perduraria por vários séculos como sucedeu no Feudalismo e, depois, nos Estados absolutistas europeus, declinando apenas com o advento das chamadas *revoluções burguesas* dos séculos XVII e XVIII.

1.1- O Estado monárquico e a gênese do modelo administrativo patrimonialista: o foco na *auctoritas*.

A visitação à História da Administração Pública revela que o autoritarismo (e seus consectários, o patrimonialismo, o mandonismo e outros *ismos*) que marca a sociedade, o Estado e a Administração Pública nacional é legado bastante remoto, travestido no espaço e tempo de novas vivências culturais, cujo primitivo berço remonta à civilização romana e aos Estados Nacionais Absolutistas. Nos primórdios da sociedade ocidental, na antiga Roma, o Estado surge calcado em bases religiosas. O Estado primitivo era religioso, de modo que os sujeitos nele fundiam-se por meio da observância incontestada de regras ditadas pelo culto sagrado.

Na primitiva sociedade romana era comum que vida privada e vida pública, patrimônio privado e patrimônio coletivo muitas vezes indistinguiam-se, confundindo-se governo e pessoa numa só figura, a do príncipe, do imperador, *entidades* detentoras de omnímodos poderes sobre a vida social. Naqueles contextos, em que inexístiam ou rareavam mecanismos de controle do poder político-governamental, os paradigmas explicativos da realidade admitiam o ilimitado poderio real em face da administração dos bens da comunidade. É desse remoto cenário que emergiria o núcleo do paradigma da *administração patrimonial* cuja raiz vernacular, e conseguinte significação sócio-cultural, marcaria a vida política e administrativa ocidental.

Nesse compasso, no Estado monárquico europeu – em que o *Estado era o rei* – ao déspota competia arbitrariamente gerir o património estatal. Na esfera administrativa, instituía e provia cargos públicos outorgando-lhes aos seus afetos, geralmente nobres. O governante destinava recursos e energia estatais ao seu arbítrio. Discricionariamente, criava e aumentava tributos. Tamanha potestade encontrava legitimação nas teorias que acompanharam e sustentaram a criação das monarquias reais absolutistas as quais preconizavam a submissão da comunidade à força real.⁴ Corolário desse modelo autoritário de gestão, as relações da administração estatal (não se podia ainda falar de “*Administração Pública*”) com os administrados pautavam-se pelo nepotismo, pelo favorecimento, pelo clientelismo e corrupção, enfim, pela apropriação do Estado por uma plutocracia. Apropriação que somente

⁴ Um dos expoentes na defesa do Estado forte e estável fora Nicolau Maquiavel (1469-1527). Esse filósofo celebrou-se pelas teses que escreveu acerca da conquista e manutenção do poder. Contrariando o pensamento político até então prevalecente, de raiz grega, deontológico e utópico, (como o ilustram a *Política* de Aristóteles e a *República* de Platão.), Maquiavel ocupou-se em elaborar teses políticas concretas, pragmáticas, partindo, para tanto, da análise da organização política de povos da Antiguidade, sobretudo dos romanos. De um modo geral, a concepção maquiaveliana de política e de Estado corresponde a um Estado que desconhece limites éticos concebidos *a priori*, de modo que para ele a manutenção do poder se justificaria mediante recurso a variados meios, inclusive gravosos. Vale dizer: o escopo da ação político-administrativa é a obtenção e a manutenção do poder, mesmo que ao custo da guerra. No *Príncipe*, dizia que o governante precisa ser racional e prudente na busca do interesse do Estado, porque ele (o Estado) encontrava-se acima dos indivíduos: “Assim, é necessário a um príncipe, para se manter, que aprenda a poder ser mau e que se valha ou deixe de valer-se disso segundo a necessidade”. MAQUIAVEL, Nicolau. *Os Pensadores*, 1973: Abril Cultural, São Paulo, 1973. p. 69. Note-se que a grande lição legada por Maquiavel está na criação de um novo *ethos* à ação estatal. Enquanto toda a filosofia política grega havia se ocupado da deontologia do poder, de *como o Estado deveria ser*, concebendo-o em uma visão prescritiva, a filosofia política moderna, sobretudo a partir de Maquiavel, invertendo tal perspectiva, passou a ocupar-se de *como o Estado efetivamente é*, de como funciona na realidade. Pretende-se, desse modo, buscar respostas práticas, concretas e úteis aos desafios da administração do Estado. Cumpre ressaltar que demais teóricos igualmente se ocuparam da defesa do absolutismo. Cite-se Jean Bodin, na obra *A República* e, como o apogeu da legitimação ideológica do *Ancien Regime*, as idéias do bispo Jacques Bossuet, na obra *Política*. Anote-se, enfim que nos dias de hoje faz-se necessário conciliar as ambas posições, ou seja, é preciso agregar um *ethos* humanitário ao anseio praticista e realista da ação governamental. Ilustre-se tal preocupação com a efetivação do princípio da eficiência na Administração. Ora, em se tratando de pensar a ação do Estado - o que é radicalmente diferente de pensar uma organização privada - de nada valerá, por exemplo, chegar com eficiência a um “lugar-finalidade” onde sequer o Estado deveria ir, onde a sua presença não é reclamada pelos nacionais. Vale dizer, a deontologia que move o ente estatal deve consistir em que esteja a serviço da nação, às suas necessidades sociais, não a serviço dele mesmo. A razão é simples: o Estado não é um fim em si.

séculos adiante, com a insurreição de novos paradigmas defendidos pela burguesia, viria revelar-se *indébita*.

As monarquias nacionais foram, portanto, hábeis em tratar os interesses do Estado como interesses privados. A gestão dos recursos ou a *administração do Estado* centrou-se no voluntarismo despótico, no clientelismo subserviente, no desperdício de recursos e na concessão de privilégios distribuídos *aux amis de le roi*.

Entretanto, o avanço das forças produtivas e da intelectualidade europeia viria sinalizar **fatores de crise** no interior do Estado absolutista.

No **aspecto cultural**, o ápice do Renascimento no século XVI, oportunizado pelo advento da laicização cultural, permitiu relativo afastamento do Estado de suas bases sagradas, de modo a facilitar a criação de regras jurídico-administrativas autonomizadas da esfera religiosa. Ainda assim, tendo em vista que a História não opera em *cortes*, no interior do Estado remanesceriam fortes resquícios de absolutidade.

Os sucessivos avanços tecnológicos na compreensão do mundo e a conseqüente expansão económico-comercial transfigurariam derradeiramente os Estados absolutos de forma a tornar-lhes leigos e regulados por normas profanas. Tal mudança se consumaria com os levantes revolucionários burgueses dos séculos XVII e XVIII, as denominadas *revoluções burguesas*. A partir de então, os novos ideais de liberdade, de igualdade, e o individualismo –

sobretudo econômico - produziram o Estado de Direito, marcado pelo controle e limitação do poder governamental.

No aspecto propriamente *administrativo*, sobretudo na França, a crise monárquica vinha-se manifestando através de críticas ao acintoso tratamento dado pela realeza ao patrimônio e interesses do Estado, tratamento que não apenas onerava a burguesia, mas contrariava os seus anseios expansionistas. A distribuição de fartos *privilégios*, materializada, entre outros, na isenção fiscal concedida à ociosa nobreza e ao alto clero, bem ainda na designação hereditária e venal de ocupantes de cargos públicos, foram algumas das razões determinantes dos muitos levantes sociais.^{5 6}

⁵ O termo *privilégio* é aqui resgatado em sua significação primitiva, literal, como sendo a outorga de benefícios a apenas determinados indivíduos ou parcelas de indivíduos, *In casu*, positiva e ilegitimamente discriminados dentre a totalidade social. De fonte latina, composta dos radicais *privus* (privado, particular) e *legum, legis* (lei), *privilégio* tem no texto acima o sentido de emanção do poder estatal, de caráter legislativo, ou *ato de administração* voltado a atender a particularizados interesses de determinado(s) indivíduo(s), contrariando, assim, a moderna essência da lei e da atividade pública – inaugurada pelas revoluções liberais - que deve marcar-se pela generalidade e impessoalidade. Eis então a raiz ainda corrente do termo *privilégio*, hoje entendido como tratamento desrespeitoso aos valores da moralidade e isonomia reinantes na sociedade que se proclama estruturada aos auspícios do Estado Democrático de Direito.

⁶ Segundo informa Menegale (1950:110), o caráter feudal da venalidade e da hereditariedade dos cargos públicos fora introduzido na França nos fins do século XV, em princípio para os cargos do Tesouro, judicatura e, posteriormente, estendido aos militares e mesmo a empregados da casa real. Apesar das tentativas de estancar a venalidade, ela persistiu até o advento da Revolução de 1789, de sorte que uma das primeiras tentativas de evitá-la deu-se com a edição da lei de 16 de 24 de agosto de 1790, cujo título II, artigo 2º, taxativamente dispunha que *La venalité des offices de judicature est abolie pour toujours* - a venalidade dos ofícios da judicatura estão abolidos para sempre. O preâmbulo da Constituição de 3 de setembro de 1791, de modo enfático, estendeu a todos os cargos ou ofícios públicos a impossibilidade de ocupação venal ou hereditária. Rezava: *Il n'ya plus ni venalité, ni hérédité d'aucun Office public*. Ulteriores constituições e outros documentos ratificaram tal conduta, vedando expressamente a atribuição voluntarista e segregacionista de cargos públicos em desobediência ao primado da ampla acessibilidade e igualdade de todos em face do ingresso em funções estatais. A partir dos levantes na França, os cargos passaram a ser ocupados mediante aferição de capacidade dos postulantes, assim: *Les fonctions publiques ne peuvent devenir la propriété de ceux qui les exercent* – Constituição do ano III; *Tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents*. (Constituição de 3 de setembro de 1791).

No **plano ideológico**, não bastasse a crise já delineada, outro fator importantíssimo viria somar-se para dismantelar o autocratismo governamental: a revolução intelectual que vinha ocorrendo no pensamento científico desde a Renascença, representada pela *filosofia iluminista* e pelo *enciclopedismo*⁷.

No **aspecto econômico**, a lenta e incompetente administração dos negócios do Estado - aí, óbvio, os interesses burgueses - e os estratosféricos custos de manutenção da máquina estatal tornavam-lhe cada vez mais deficitário e recorrente à tributação compensatória. Não bastasse, a política econômica absolutista, o *mercantilismo*, vinha padecendo ataques postulados pelos liberais da emergente *Escola Clássica Inglesa*.⁸

Enfim, o somatório de todos esses fatores, agregado ao crescente fortalecimento da burguesia mercantil, resultou na desestruturação do Estado monárquico e dos entraves que representava ao ascenso burguês, de modo que através das *revoluções* o século XVIII marcaria o fim do enlace entre burguesia e nobreza real, assinalando o divórcio entre o poder econômico e o

⁷ O Iluminismo fora a ulterior denominação atribuída ao movimento filosófico surgido na França entre os séculos XVI a XVIII, cujos fundamentos consistiam na *valorização da razão humana* (sustentada como fonte primordial do conhecimento - uma razão prática, empírica e dinâmica), na *crença inabalável no progresso da humanidade* e na *busca de leis naturais* explicativas do universo. As idéias iluministas foram sumuladas por Diderot e D'Alambert no século XVIII na monumental obra *Enciclopédia* que continha ao todo 35 volumes.

⁸ À medida que o capitalismo inglês ascendia, em fins do século XVII, essa escola produziu uma teoria econômica assentada na defesa da plena liberdade econômica e de mercado, na propriedade privada e no individualismo econômico. Suas bases estão nas teses de Adam Smith e de outros como David Ricardo, Stuart Mill e Thomas Robert Malthus. Adam Smith, tido como o "pai do liberalismo econômico", autor de *A Riqueza das Nações*, defendia o trabalho e a sua divisão social como autêntica fonte de riqueza e prosperidade nacional.

político. Doravante, o Estado e a *Administração Patrimonialista* viriam substituir-se pelo modelo liberal e minimamente interventor na economia.

2- Controle do poder e racionalidade administrativa - o Estado Liberal e o modelo administrativo burocrático

2.1- O surgimento do Estado Liberal

Multifários são os fatores explicativos do surgimento do Estado Liberal, importando destacar globalmente aqueles de ordem política, econômica e cultural.

Embora uma das primeiras modalidades de controle externo do poder real tenha surgido na Inglaterra do século XII quando da imposição, pela nobreza agrária, da assinatura da célebre *Magna Charta Libertatum* ao rei *João Sem Terra*, somente mais tarde, em 1688, com a *Revolução Inglesa*, é que surgiriam os incipientes princípios e instituições da democracia moderna mediante nova rendição do poder real pontificada na assinatura do *Bill of Rights*. Com esse vitorioso movimento, a ascendente burguesia dera início ao parlamentarismo inglês.⁹

⁹ Na verdade, a Magna Carta prenunciara outras mais severas limitações ao poder real que se materializariam mais tarde, no século XVII, com a edição do *Bill of Rights*. A Magna Carta continha elementos limitativos do poder tributário que à época possuía caráter nitidamente expropriatório, de modo que a rendição real marcaria a subordinação do poder executivo ao legislativo. Dentre outras disposições, asseverava esse documento: “nenhuma ajuda ou taxa será imposta em nosso reino, sem o consentimento de Conselho Comum do Reino, a não ser para pagar o nosso resgate, ou para armar cavaleiro nosso filho mais velho, ou para casar, uma única vez, nossa filha mais velha. E mesmo para estas finalidades, será cobrada uma ajuda razoável”. Da Magna Carta emanaria o princípio do *due process of law*, precisamente dos arts. 39 e 40: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos

Na Inglaterra, as idéias de John Locke forneceram as bases da contestação ao absolutismo. Locke defendia ardorosamente o poder legislativo, "poder supremo ao qual tudo mais deveria ficar subordinado". Tamanha a importância desse poder que a sua usurpação pelo soberano sujeitava-o à insurreição popular vez que "o verdadeiro remédio contra a força sem autoridade é opor-lhe a força. O emprego da força sem autoridade coloca sempre quem dela faz uso num estado de guerra, como agressor, e sujeita-o a ser tratado da mesma forma".¹⁰

Paralelamente à contestação política, prevalecia na esfera econômica o ideário da chamada *economia política clássica* que condensava as aspirações da burguesa enriquecida ou da burguesia capitalista, enfim, o **liberalismo econômico**. Os expoentes dessa corrente foram, na França, François de Quesnay e, na Inglaterra, Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo. Os

seus pares ou de harmonia com a lei do país." E ainda: "Não venderemos, nem recusaremos, nem proclaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça". MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980, p. 15. Por sua vez, trecho do *Bill of Rights* dispunha: "O pretense poder da autoridade real de suspender a execução das leis sem o consentimento do Parlamento é ilegal". Adiante, rezava ainda que "toda arrecadação de dinheiro para uso da Coroa (...) sem o consentimento do Parlamento é contrária à lei". Na realidade, o *Bill of Rights* fora o documento precursor das modernas declarações de direitos, raiz histórica do **princípio da legalidade**, conforme insculpido nos incisos LXVIII e LXX do artigo 5º da Constituição Federal brasileira.

¹⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 88-101. Coleção Os Pensadores. Note-se que à época de Locke, o absolutismo já vinha sendo superado na Inglaterra pelo parlamentarismo, por força das chamadas Revoluções Puritana e Gloriosa de 1688. Porém, a Inglaterra, juntamente com a Suíça e Holanda, constituía exceção numa Europa dominada pelo Absolutismo. No que pertine à "tripartição" (que melhor seria qualificar de *desconcentração*) das funções do Estado, a idéia tem sede anterior a Montesquieu deitando raízes no pensamento aristotélico, em sua clássica obra *Política*, em que dividiu a República em três partes: uma, deliberativa, relativa aos negócios públicos; outra, referente às magistraturas e, uma outra, dedicada à administração da Justiça. Na modernidade, a "separação" de poderes recebeu formulação inicial com o filósofo inglês John Locke, na obra *Two treatises of government*, cabendo, enfim, ao Barão de Montesquieu, na célebre obra *De l'esprit des lois*, mais precisamente no capítulo 6º, Livro XI, sistematizar referidas idéias. A efervescência desse período resultou em importantíssimas contribuições ao constitucionalismo e à Administração Pública modernas, de modo que das idéias de Locke, Voltaire e Montesquieu surgiu o *liberalismo*, e das idéias de Rousseau, a *democracia*. Enfim, a Revolução Inglesa legou ao ocidente o Parlamentarismo; a Francesa, a

postulados dos *économistes*, como chamados, tinham como tripé: a) a defesa de *leis naturais* aptas a reger o mercado e a economia; b) a profissão de fé no poder das forças produtivas; c) a defesa do livre exercício da plena propriedade. Em suma: apregoavam o individualismo econômico consubstanciado na livre concorrência e na livre iniciativa. O repúdio dos *économistes* à intervenção estatal na produção, celebrado na assertiva *laissez faire, laisser passer, le monde va de lui même*, proclamava, à exata similitude do que sucedia com os organismos estudados pelas ciências naturais, que também a vida social e econômica funcionaria por si mesma, mecanicamente, prescindindo da intervenção estatal. Segundo então as crenças burguesas, o “*mundo*”, reduzido à solipsista categoria econômica, parecia doravante ter adquirido regras autóctones, internas.¹¹

A Revolução Francesa de 1789 produzira a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inaugurando, também ali, onde o absolutismo fora assaz contundente, a cisão entre público e privado. Pela revolução se imprimiram regramentos específicos à gestão do interesse estatal de modo a concebê-lo

democracia moderna e a Revolução Americana, de 1776, as bases do Federalismo, da República e do Presidencialismo.

¹¹ Segundo Vicente Barreto, além do *racionalismo* e da idéia da *lei natural*, o *individualismo* constitui a terceira tese filosófica do liberalismo e que viria, no entendimento de alguns autores, plasmar o núcleo central da ideologia liberal. Segundo o referido autor, a idéia básica do liberalismo é a de que do ponto de vista ontológico e ético o ser humano é, antes de tudo, um indivíduo. Por essa razão, sua inserção na sociedade é relativizada, sendo o Estado considerado um mal necessário. O individualismo vem a constituir-se, assim, numa afirmação do valor maior, que é o indivíduo, diante do Estado. Ensina ainda que a doutrina do contrato social foi construída em função das teses políticas do liberalismo, cujo alicerce seria: a) a liberdade, pedra angular do pensamento liberal; b) o reconhecimento da igualdade da natureza, diferenciada da igualdade jurídica; c) o direito à propriedade; d) a outorga ao Estado da responsabilidade pela ordem e segurança; e, finalmente, e) a criação do Estado de Direito e as conseqüentes garantias dos indivíduos. E conclui: “essas teses serviram como alicerce ideológico e jurídico para a construção do Estado liberal donde nasceram os “direitos consagrados nos textos constitucionais liberais”. BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética, Liberalismo e capitalismo*. In: DAVEL, Eduardo, P.B, VASCONCELLOS, João. (org.). *Recursos humanos e subjetividade*. Petrópolis: Vozes, 1995. pp. 31-41.

não mais como o interesse do déspota e seus asseclas, interesse, portanto, privado, mas como um interesse amplo, difuso, enfim, como "*interesse público*", porque nascido e articulado no seio das necessidades da sociedade a quem o poder deveria curvar-se, na nova concepção que então surgia. Das insurreições e levantes começava a delinear-se, então, a *res pública* moderna.

Assim, acorde ao ideário revolucionário, o Estado dava os primeiros passos no sentido de prover igualdade de oportunidades e de tratamento a todos: solidificavam-se os princípios da **legalidade** e da **igualdade jurídica**, e, posteriormente, a noção da **moralidade administrativa**, princípios basilares ao Direito Constitucional e Administrativo contemporâneos.

No campo ideológico, a Revolução foi representada pelas idéias de Rousseau, Voltaire e Montesquieau. Para Voltaire, a liberdade de pensamento, de religião, bem ainda a igualdade de todos perante a lei constituíam direitos naturais, inafastáveis. Montesquieau, na esteira do pensamento lockeano, pugnava a necessidade do estabelecimento de controle ao poder político haja vista a tendência natural do homem de abusar do poder que lhe fora confiado, crença sobre a qual fundamentou a "tripartição" de poderes inerente ao Estado contemporâneo. Já Rousseau pugnava, em aberta oposição ao regime monárquico, a contratualização do exercício do poder, de modo a prevalecer, na sociedade organizada pelo Estado, a vontade coletiva e não mais individual,

obediente, assim, ao princípio de que *todo o poder deveria emanar do povo e em seu nome ser exercido*.¹²

Por sua vez, Voltaire, receoso dos riscos do retrocesso ao arbítrio, defendia serem os juizes escravos da lei e não os seus árbitros, de modo que, segundo ele, *interpretar a lei significaria corrompê-la*, visão também presente em Monstequieau para quem o juiz era a “boca muda que pronuncia as palavras da lei”.

Tais perspectivas ilustram o ideário em que se fundou o Estado de Direito, substituindo-se o “governo dos homens pelo governo das leis”. Em consequência dessas visões, o *positivismo jurídico* viria encontrar nas premissas do liberalismo ideais condições de vida e nutrição, de sorte que nelas fora tão bem acalentado que ainda agora remanesce vívido na prática jurídica.

Em suma, o Estado Liberal consolidou os anseios revolucionários, erigindo novos valores desconhecidos pela ordem monárquica: a garantia formal da

¹²Modernamente, pelo esforço de alguns constitucionalistas estrangeiros e nacionais, busca-se hodiernizar importantes conceitos jurídico-constitucionais cunhados há mais de dois séculos. Para o alemão Peter Habêrle, o conceito, por exemplo, de “povo” deve ultrapassar a idéia de mero elemento eleitoral capaz de conferir legitimidade democrática ao processo de decisão. Diz: “povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”. Dando nova luz à visão rousсенiana da expressão da vontade popular, assenta que a “democracia do cidadão” significa muito mais do que se fazer representar, muito mais do que a “substituição do lugar do monarca. A democracia deve ser vivenciada a partir dos direitos constitucionais fundamentais”. In: HABÊRLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 38. Note-se que a adjetivação *fundamentais* – atribuída aos direitos e garantias *individuais* concebidos por força das revoluções liberais - surgiu no direito alemão do século XIX cujo *novo batismo* pretendeu superar a concepção individualista e meramente formal que havia forjado os

publique liberté, a ampla acessibilidade aos *ofícios* públicos acorde ao **poder do mérito**, a certeza da submissão estatal ao império da lei, a garantia do controle do exercício do poder, tudo com vistas ao atendimento da vocação de serviço ao povo, como cria Rousseau.

Pondo-se a funcionar, e no aspecto econômico-social, o Estado liberal, fiel ao desiderato de seus mentores viria perseguir poucos fins, limitando-se, em essência, a garantir a harmonia social necessária ao fluir dos empreendimentos econômicos, já que a economia, identificada ao "mundo", *giraria ou caminharia por si mesma*. Assim, durante cerca de dois séculos parcas e inexpressivas prestações o Estado Liberal produziu aos olhos da sociedade.

No aspecto propriamente administrativo, a idéia de absoluta dedicação, *fidelidade* (derivado de *fides*, *laços de fé*, que se estabelecia entre agente e governante) e exclusividade do servidor ao serviço estatal deslocou-se, por força da escola francesa do serviço público, da *personalidade* para a *formalidade*, vale dizer, o servidor passou a **servir ao Estado** com base num *vinculum juris* e não mais em vinculação pessoal a um governante. Desse modo, o funcionário passou a ser funcionário do Estado, não do governo, como assegura Menegale (1953:40), com apelo em outros, ao referir-se que o funcionário é, no regime democrático, "fonctionnaire de la démocratie".

Contudo, o liberalismo, se, a um tempo, aboliu a tradicional transmissão hereditária e incontrolada do poder sobre bens e súditos, instaurando a divisão

entre poder político e sociedade civil, entre público e privado, garantindo assim a tutela do livre exercício da propriedade e a liberdade econômica, a outro, reproduziu imensa segregação social, posto que a igualdade radicada em seus cânones revelou ser de natureza puramente formal, abstrata, vez que somente quem detinha propriedade, detinha real cidadania.

Mais tarde, já no século XIX, outra distinção revelou-se fundamental: a distinção entre Estado e mercado, aspecto imprescindível à definitiva consolidação da burguesia e do capitalismo. Tal segregação foi importante porque permitiu o controle das ações do Estado pela sociedade, controle representado, novamente, pela classe detentora de capitais. Essa distinção consolidou a *separação entre o político e o administrador público*, fundamento da administração burocrática moderna.

2.2- O modelo de gestão burocrático: o foco nos meios

Tal como o positivismo jurídico, o modelo burocrático de gestão pública também é filho da *Era das Revoluções*. De Forges, citado por Cruz (1996: 211), assevera que a ascensão da burguesia ao poder marcou o início de uma **doutrina da função pública** ao erigir como valores indispensáveis de acesso aos cargos públicos a *aferição da capacidade* dos postulantes, a instauração da *estabilidade* como garantia ante o arbítrio dos governantes e a criação de *mecanismos capazes de equilibrar o poder da autoridade*.

Na França, foram basicamente três as medidas adotadas: a) produção legislativa destinada a singularizar o exercício de certas funções; b) *imposição da obrigatoriedade da prévia comunicação ao funcionário sobre fatos a ele imputados antes da cominação de qualquer sanção disciplinar ou destituição de benefícios*; c) estabelecimento de significativa independência funcional dos agentes, vocacionando-os à aplicação das decisões do legislador e do governo tendo em vista "servir ao interesse geral e não às forças políticas momentaneamente no poder". Desse modo, subtraía-se lhes das ilegítimas pressões dos superiores hierárquicos mediante a instituição do ingresso no serviço por concurso, a criação de regras dispositivas de promoções, dentre outras medidas. Ainda em atenção à moralidade no agir administrativo, naquele país buscou-se proteger o patrimônio público, vedando-se à algumas categorias de *funcionários* o desempenho de atividades paralelas, tal como participação em empresas vinculadas à função pública que exerciam, bem ainda o acúmulo de empregos e remunerações, derivando daí os deveres ainda hoje remanescentes da neutralidade e da manutenção de segredo profissional que é próprio de algumas categorias.¹³

Para distinguir o exercício das funções políticas das administrativas, surgiu, então, um corpo de funcionários, os **burocratas**¹⁴. A respeito, oportunas são as

¹³ DE FORGES, Jean-Michel. *Droit de la fonction publique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 48-59/66.

¹⁴ A burocracia tem fonte em Max Weber (1864-1920), sociólogo que organizou peculiar modelo de gestão organizacional nucleado em torno da distribuição e do exercício do poder. O sistema por ele idealizado tinha como *elementos estruturais* os seguintes: 1- *uma organização contínua de funções oficiais, ligadas por regras*. Vale dizer: as regras devem servir à economia de esforços, eliminando-se a necessidade de se encontrar sempre uma nova solução a cada problema. A burocracia ignora o particular e individual, buscando-se aquilo que representa o geral. Desse modo, a organização burocrática é a antítese das relações *ad hoc*, empíricas e provisórias. 2- *a criação de esferas específicas de competência*, o que

idéias da professora Sylvia Constant Vergara ao afirmar que a sociedade industrial constituiu-se em *habitat* ideal ao surgimento e ao fortalecimento da burocracia na vida das instituições. Segundo ela, a burocracia é uma forma de organização do trabalho que privilegia:

- a divisão do trabalho, visando à especialização;
- a hierarquia, percebida como propulsora da eficiência;
- a padronização, enquanto mecanismo que produz previsibilidade de tudo, inclusive do comportamento humano;
- a impessoalidade, pois, na burocracia as regras existem para o cargo, independentemente de quem o ocupe;
- a meritocracia, uma vez que os membros das burocracias, sendo especialistas treinados, constroem carreiras conforme os seus méritos;
- o exercício do papel de *administrador* que não é, necessariamente, o dono dos meios de produção, mas um profissional contratado para administrar.

Vergara (1999:17)

inclui: a) uma esfera de obrigações para realizar funções estipuladas como parte de uma divisão sistemática de trabalho; b) a atribuição, ao encarregado, da necessária autoridade para desempenhar essas funções; c) que os meios necessários para tanto sejam claramente definidos e seu uso sujeito a condições definidas. Noutros termos: o sucesso da organização depende, então, da obediência à racionalidade que comanda a divisão do trabalho, de sorte a evitar transbordamento do limite imposto pela organização no desempenho de dada atribuição, com vistas a não prejudicar o funcionamento de toda a estrutura; 3- a *organização de cargos conforme o princípio da hierarquia*, ou seja, cada cargo inferior acha-se sob controle e supervisão de um núcleo de poder superior. Desse modo, todos os agentes se submetem ao controle de uma outra instância detentora de uma *supervisão*, ou seja, de uma visão melhorada, qualitativamente ampliada sobre o desempenho subalterno; 4- *as regras que dirigem a conduta do detentor do cargo têm natureza técnica*, donde a necessidade, para a efetivação da racionalidade impressa ao mesmo, que o seu postulante demonstre preparo técnico adequado ou especialização, qualificando-se, assim, a ser membro do corpo administrativo; 5- o princípio de que *os membros do corpo administrativo devem estar completamente separados da propriedade dos meios de produção e administração*, coibindo-se a confusão de interesses, de patrimônios; 6- o princípio da *formalidade e da objetividade da ação*, expresso na idéia de que *as regras, decisões e atos administrativos são formulados e registrados por escrito*.

O modelo de organização burocrático, fundado nas idéias do sociólogo alemão Max Weber, fulcrava-se em acentuada hierarquização de funções, no centralismo de decisões, no controle sistemático e pontual do proceder administrativo com vistas a evitar-lhe desvios das metas racionalmente delineadas. Assentada no pressuposto de que terceiros buscam locupletar-se às custas do patrimônio público (como sucede no patrimonialismo), a lógica burocrática criou integral formatação do *iter* a ser adotado na consecução das ações administrativas estatais. Veja-se que a lógica aí subjacente é de que, uma vez instituídos os *fins* administrativos e os *meios* para se lhes atingir, a prossecução das metas será inevitável, bastando, apenas, que se proceda a rígido estabelecimento do *controle da execução*.¹⁵

Porém, o fluir do tempo demonstraria o engano de tais premissas, como abaixo ainda se verá.

Como antes dito, a face jurídica e administrativa do Estado liberal absentéista fora, respectivamente, o *positivismo* e a *burocracia*. Assim, enquanto o Direito restringia-se à observância legal, tornando-se o seu julgador a “boca muda da lei”, autômato reproduzidor da vontade legislativa, o administrador público curvava-se aos ditames da estrita legalidade, posto que somente assim cria-se evitar os temíveis abusos de autoridade e as irregularidades tão comuns no *Anciën Regime*, cujo fantasma ainda assombrava o regime burocrático. Deste modo, o ato de administrar viria consistir, na dicção do inolvidável Seabra

¹⁵ Observe-se que a Administração burocrática clássica fora implantada em vários países europeus e na América do Norte em fins do século XIX. Os esforços para tanto no Brasil iniciaram-se em 1936, por meio da reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Lopes Simões.

Fagundes, na *aplicação da lei de ofício*. Nesse viés, em perfeita harmonia com o ideário juspositivista, no seio da Administração foram instituídas técnicas, procedimentos e condutas administrativas herméticas; acordes ao ideário weberiano.

2.2.1- Patrimonialismo e burocracia à brasileira

A história da cultura política nacional projetou significativas influências na gênese das organizações brasileiras, especialmente na gestão da organização pública. A gestão autocrática da *res publica*, baseada no *patriarcalismo*, em muito dificultou, e dificulta, a modernização da Administração Pública nacional. Corroborando essa visão, Vasconcellos (2000:220), abeberando das lições dos antropólogos Roberto da Matta e Gilberto Freyre, assenta que "as questões concretas que influenciam a gestão das empresas e organismos públicos não nascem apenas dentro delas, mas alimentam-se da sociedade como um todo. Uma empresa está necessariamente envolvida pelo ambiente que a cerca". Ambiente entendido como um conjunto de elementos que incluem o social, o político, o econômico, o histórico, o cultural, entre outros. Assim, como herança dessas variáveis, práticas sociais como "o curral eleitoral, o voto de cabresto, a corrupção eleitoral, o clientelismo, o nepotismo, a apropriação do Estado por famílias importantes" firmaram as bases culturais da Administração Pública nacional: o *paternalismo gerencial*.

Efetivamente, o autocrático viés arraigado na Administração Pública nacional encontra evidenciada explicação cultural. A história brasileira nasceu fundamentada no **domínio** - do latim, *dominus*, *dominium*, com sentido de poder absoluto sobre algo - e na **expropriação**.

Desde os primórdios, sucedeu que, incapaz de administrar as imensas terras descobertas, e por isso sujeitas ao saque e à pirataria, a Coroa Portuguesa concedeu a empreendedores lusitanos bem-relacionados com o poder a tarefa da conquista e exploração territorial. As donatarias concedidas aos capitães viriam inaugurar uma cultura apropriação, individualista e permeada de privilégios no imenso território nacional.

Com efeito, no Brasil, as tentativas de implantação do modelo administrativo burocrático não alteraram significativamente a natureza da Administração Pública. Autoritária como a própria sociedade brasileira, os administradores do Estado continuaram, e com bastante freqüência, a tratar os interesses da coletividade como se privado e disponíveis fossem.¹⁶ Desse modo, se no *aspecto político* a passagem da Monarquia à República não significou forte ruptura com os decrépitos paradigmas políticos da antiga ordem, também no *aspecto administrativo* o país nunca chegou a plenamente transitar das referências patrimoniais à burocrática. Do voto censitário, masculino e de

¹⁶ Sobre a influência cultural geradora da crônica ineficiência na gestão das instituições nacionais, aí a gestão pública, oportuna é a leitura do artigo *O coronellismo nas organizações: a gênese da gerência autoritária brasileira*, de autoria de João Gualberto Moreira Vasconcellos na obra alhures referenciada intitulada *Recursos Humanos e Subjetividade*, Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

cabresto, da política de coronéis e da cultura do *jeitinho brasileiro*¹⁷ aos atuais e sofisticados mecanismos de manipulação das massas, pouca coisa mudou, de sorte que o autoritarismo político-social ainda projeta inevitáveis reflexos na vida da Administração Pública. Confirmando tal perspectiva, assevera a filósofa Marilena Chauí (2000:90) que

“a indistinção entre o público e o privado não é uma falha ou um atraso que atrapalham o progresso, nem uma tara da sociedade subdesenvolvida ou dependente ou emergente (ou seja lá o nome que se queira dar a um país capitalista periférico). Sua origem é histórica, determinada pela doação, pelo arrendamento ou pela compra de terras da Coroa, que, não dispondo de recursos para enfrentar sozinha a tarefa colonizadora, deixou-a nas mãos dos particulares, que, embora sob o comando legal do monarca e sob o monopólio econômico da metrópole, dirigiam senhorialmente seus domínios e dividiam a autoridade administrativa com o estamento burocrático”. Ainda segundo a filósofa, essa forma de “realização da política e de organização do aparelho do Estado em que os governantes e parlamentares reinam ou, para usar a expressão de Faoro, são donos do poder, faz com que os governantes mantenham com os cidadãos **relações pessoais de favor, clientela e tutela, e pratiquem a**

¹⁷ Vale frisar que o intitulado *jeitinho brasileiro* tem raiz na intrincada teia de relações que eram travadas nos albos da nação, quando a inexistência de garantias jurídicas capazes de promover a igualdade de todos perante o Estado, e o conseqüente acesso aos *benefícios* por ele distribuídos, fazia com que o patriarca favorecesse aos indivíduos que lhe eram vinculados social ou economicamente. Assim, quer para aplacar os rigores da lei, quer para admitir aqueles postos à sua margem, **dava-se sempre um jeito** de promover espúrias formas de inclusão social ao indivíduo *apadrinhado* pelo patriarca, pelo coronel. Note-se que um especial modo do padrinho desobrigar-se perante o desafortunado afilhado consistia em **conseguir-lhe um emprego público** a cujo favor deveria toda a família retribuir com lealdade política. Nesse modo de funcionamento social, a corrupção, em todas as suas formas, encontrou *habitat* ideal para vicejar, razão pela qual permanece viva na cultura administrativa pátria, infectando, até o presente, grande parte do tecido estatal.

corrupção sobre os fundos públicos. Do ponto de vista dos direitos, há um **encolhimento do espaço público**; do ponto de vista dos interesses econômicos, **um alargamento do espaço privado.**”(g.n)

No decurso dos anos, e na medida em que crescia a administração local das terras brasileiras, sobretudo com a vinda da Corte Real para a colônia, o autoritarismo, o nepotismo, o favoritismo e muitos outros *ismos* marcaram a gerência da organização administrativo-estatal. Especialmente na Administração Pública, o *paternalismo* ou *patriarcalismo* introduzira a *domesticalização* das relações dos agentes entre si e deles com a comunidade.

No interior da máquina administrativa foram introjetados papéis, condutas e representações psíquicas, como as de *mando* e de afeto, praticadas no espaço doméstico. Por meio da *transferência* dos papéis domésticos para a Administração Pública, o *chefe* como que encarnou os poderes do *pai ideal*, restando aos agentes públicos, seus subordinados, em reconhecendo o papel do *chefe-pai*, ocuparem o *natural* lugar de *filhos*. Essa lógica funcionava da seguinte forma: os “filhos”, ao se submeterem ao poder paternal do chefe, serviam-no com cega obediência e lealdade e, por assim agirem, eram aquinhoados com recompensas – a manutenção do emprego, promoções, salários melhores e demais facilidades – de modo que a esfera pública passou a funcionar segundo a lógica da *domus*, da casa, da tradicional família nacional, afastando, por isso, a implantação de qualquer elemento de profissionalidade e autonomia no desempenho das funções públicas. Note-se que, embora dissimulada, essa *cultura administrativa patriarcal-coronelista*

ainda persiste nos dias atuais, constituindo-se num dos maiores desafios à modernização da administração estatal.

Embora o paulatino ingresso do país no mundo industrial tenha acarretado o desprestígio político do *modo de gestão* dos coronéis, esses, mesmo enfraquecidos, deixariam marcas quase que indelévels na administração do Estado brasileiro. Mesmo apesar da arrancada industrialista do governo Vargas - ele próprio uma figura paternalista, "o pai dos pobres" - e a despeito das tentativas de criação de uma burocracia profissional¹⁸ com a edição do Decreto-lei 200/67, ainda assim os *pecados originais* característicos do patriarcalismo permaneceram na experiência administrativa do Estado.

Poder-se-á então afirmar que dos capitães aos senhores de engenho, dos senhores ao Imperador e desses às oligarquias da República Velha, no campo político o autoritarismo sempre prevaleceu, de modo que a vida social brasileira cravou-se em relações alicerçadas no mandonismo político, no mau uso do exercício do poder e nos "ajeitamentos" destinados a burlar a lei. Aliás, não sem razão que, mesmo após a independência, o Brasil manteve sua arcaica estrutura trinomial, ou seja, persistiu abraçado ao latifúndio, à escravidão e à

¹⁸ Acerca das malogradas tentativas de implantação de uma burocracia nacional, vide GUERZONI FILHO, Gilberto. *Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, n. 128, out/dez. 1995. Nesse texto, demonstra o autor algumas das muitas *perversões administrativas* sediadas na esfera pública as quais somente dificultaram a consolidação de uma autêntica burocracia no serviço público.

monarquia, contrariando, sobretudo com essa última, a tendência republicana já implantada em toda a América Espanhola.¹⁹

Em conseqüência, na Administração Pública, *especialmente no que concerne à gestão dos servidores públicos*, tema neste trabalho destacado, todo o cenário descrito criou e difundiu três situações bastante conhecidas: a) a crença no elevado *status* social dos agentes estatais em face da ocupação de cargos públicos, b) o estabelecimento de obscuros vínculos entre agentes públicos e os agentes políticos, de modo a prevalecerem laços *personais* de fidelidade e não laços *objetivos* de profissionalidade no serviço; c) a **absoluta despreocupação com o desempenho dos servidores públicos**, o qual se "aferia "apenas em face de sua maior ou menor subserviência ao *chefe*, ao governante.²⁰

Explicando tal estado de coisas, novamente as lições da História.

Houve tempo em que a investidura em cargos públicos decorria da expressa vontade política do governante. Dispunha o artigo 102, IV, da Constituição de

¹⁹ Segundo Vasconcellos (2000:227) as relações sociais produzidas pelo coronelismo oscilavam entre os extremos afeto e violência. Citando o ex-ministro do STF, Victor Nunes Leal, autor da célebre obra sobre a cultura nacional intitulada *Coronelismo, enxada e voto*, 5ª ed. São Paulo, Ed. Alfa-Ômega, 1986, aduz Vasconcellos que do *compromisso firmado entre o poder público e a elite latifundiária* resultou o mandonismo, o falseamento de votos e a **desorganização dos serviços públicos locais**.

²⁰ Desde o início da independência brasileira quando a Corte portuguesa para cá se transfere, criou-se e difundiu-se a idéia mais ou menos corrente de que a ocupação de cargo público consistia em aquisição de privilegiado *status* no seio da sociedade. Um *status* caracterizado pelo conforto e comodidade oriundos da segurança, da fixidez, da intangibilidade que o cargo oferecia, de modo que tal crença subliminarmente remanesce em condutas ainda agora palpáveis na interioridade da administração. Essa cultura, associada a importantes variáveis como as seculares práticas de gestão apropriacionistas da coisa pública, (logo descompromissadas com resultados obtidos) muito contribuiu para tornar insustentável a Administração estatal, situação que a reforma pretende alterar. (crê-se).

25 de março de 1824 que “a nomeação para empregos civis e políticos era competência exclusiva do Imperador”. Desse modo, tanto o ingresso quanto a saída do *serviço do governo* dependia da voluntariedade imperial: acessar e permanecer no serviço do governo significava a aquisição de privilegiado *status* e de certa intangibilidade oriunda da proximidade do poder.

Entretanto, esta “*estabilidade*” política viria mais tarde ser substituída pela estabilidade jurídica. A partir da Constituição de 1934 se consolidariam as garantias de (no) trabalho aos agentes do Estado, tendo então a estabilidade adquirido *status* constitucional cuja formatação subsistiria inalterada até a Carta de 1988, quando adveio a EC n. 19/98.²¹

Releva não ignorar que o primeiro impulso para criação da estabilidade fora imposto pela própria cultura autoritária e persecutória em prática no serviço público. Em decorrência desses fatos, durante muito tempo alimentou-se a crença de que a estabilidade erigira-se apenas em favor do agente e não em benefício do serviço público. Essa visão criou e manteve condutas ainda agora palpáveis no seio de significativa parcela dos servidores, tal como a visão de que, independentemente dos resultados que a Administração Pública venha alcançar, ela sempre restará inabalável e nela garantidos os empregos. Efetivamente, a imaginária idéia de que o serviço público é um *porto seguro* para seus agentes, independentemente de factíveis resultados, em muito desserve ao ideal da qualidade e da eficiência de desempenho no setor público.

Quanto à referida despreocupação com o desempenho dos agentes, por força do paternalismo, presente tanto no modelo patrimonial, quanto no burocrático, no serviço público foram consolidadas “políticas” de *favorecimento* efetuadas conforme a maior ou menor “lealdade” do servidor ao *chefe*, em aberto prejuízo da aferição de mérito, de competência, de profissionalidade no desempenho das atribuições funcionais. É por essa razão que se diz que a *idéia* de avaliar desempenho é de idade recente no ordenamento, cuja introdução na Administração Pública dera-se há apenas cerca de cinco ou seis décadas.²²

Em resumo, não há como ignorar que no seio do Estado brasileiro ora remanescem traços tanto do fracassado regime patrimonial quanto do burocrático. Presentificam o primeiro a manutenção de práticas clientelistas e nepóticas de loteamento de cargos e empregos públicos e a burla a importantes princípios jurídicos da Administração. Veja-se, por exemplo, o mecanismo da estabilização adotado por quase todas as constituições que, em aviltante *burla* ao princípio da igualdade e do mérito insito ao concurso público, *confortou* um sem-número de *agentes empregados* sem adequada aferição de mérito.²³ Aluda-se, ainda, aos perversos tratamentos dados aos servidores por governantes de ocasião, os quais se materializam em perseguições ideológicas, em abusivos rebaixamentos na carreira, em subaproveitamento, em ilegítima colocação em disponibilidade ou na exoneração. Já como resquícios do segundo modelo, da burocracia, permanecem inócuos

²¹ Foram tecidas significativas outras considerações sobre a estabilidade no capítulo 5, item, 2.

²² A instituição da meta da eficiência nos diplomas legislativos nacionais acha-se abordada nos capítulos 3, item 3.3, e 5, item 3.

formalismos e compartimentalismos administrativos que outra coisa não produzem senão o enrijecimento da ação estatal. Ambas as práticas, que ainda compõem o cenário da Administração Pública nacional, constituem legado do que há de pior no paradigma *patrimonial-coronelista*.

3- Redefinição do papel do Estado: o Estado Social.

O devir histórico, nos albores do século XX, reimpulsionaria o Estado, em oposição aos clássicos ideais do Estado liberal, à nova vaga centralizadora marcada por características administrativas de controle e intervenção econômica.

Múltiplas foram as causas sinalizadoras do esgotamento do *Estado Mínimo*, a começar pelo esgotamento econômico manifesto na totalidade dos Estados partícipes da Primeira Guerra Mundial de 1914. Os efeitos bélicos fizeram ressurgir, em quase todos os demais países, o fenômeno das políticas intervencionistas visando à recuperação econômico-financeira nacional. Os EUA buscaram soerguer-se do *crash* econômico de 1929 adotando as medidas econômicas recuperatórias consubstanciadas no *New Deal*. França, Alemanha e Itália perseguiram itinerários intervencionistas na economia, além da difusão de apelativos culturais nacionalistas.

No aspecto social, a insustentabilidade do Estado liberal vinha manifestando-se através da gravíssima situação de miserabilidade em que se encontravam as

²³ GUERZONI FILHO, 1985, p.43-62.

massas trabalhadoras produzida, em parte, pela ausência estatal na prestação da assistência social. Essa situação vinha sendo há décadas denunciadas por teorias político-filosóficas e religiosas, primeiro, através do utopismo de Proudon, Saint Simon e Jacques Fourier; depois, mediante a análise científica da sociedade, elaborada por Marx e Engels. No campo moral, a marginalização e a injustiça social produzida pela política liberal sofria também ataques patrocinados pelo papado, importando citar a encíclica de Leão XIII, *De Rerum Novarum*.²⁴

O advento da Segunda Grande Guerra viria representar o auge do intervencionismo estatal quanto à regulação e participação na economia, inaugurando a era do Estado econômico-produtor e prestador de serviços sociais, batizado de *Welfare State*. Nesse período, o Estado não apenas manteve, mas aperfeiçoou e ampliou o modelo de gestão burocrático.²⁵

²⁴ Décadas após, a Igreja, na figura do Papa João Paulo II, voltaria a condenar, na encíclica *Laborem Exercens*, tanto o regime capitalista quanto o socialista em função do *economicismo, do materialismo e do ateísmo prático no primeiro e teórico, no segundo*.

²⁵ As guerras que marcaram o século passado influíram significativamente sobre ordenamentos estatais. O desnudamento da barbárie provocada pela beligerância resultou no reconhecimento, pelo Estado Social, dos chamados direitos humanos *fundamentais*. Assim, sob influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU no ano de 1948, procedeu-se à constitucionalização de direitos humanos então adjetivados de *fundamentais*. Valores como liberdade, justiça, paz e dignidade da pessoa humana galgaram o altar constitucional de vários ordenamentos modernos. Ademais, o mundo presenciou a inserção, em quase todas as modernas constituições, das garantias sociais de emprego, saúde, educação, em suma, dos denominados *direitos sociais*. Desde então, o rol dos chamados direitos humanos fundamentais tem crescido. Tornados garantias pelo Estado - ao menos formais - fala-se hoje em direitos humanos de *terceira geração*, tal como o direito à paz, ao desenvolvimento equilibrado, ao meio ambiente saudável, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, dentre outros. Na lógica dessa nova ordem é que o inciso III do artigo 1º da Constituição da República brasileira dispõe como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana*. Ainda o inciso I, do art. 3º abriga como objetivo fundamental a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. A seguir, o inciso II e VI do art. 4º preconiza que no relacionamento internacional o Brasil obedecerá aos princípios da *prevalência dos direitos humanos e a defesa da paz*.

O *Welfare State* traduziu-se na consumação de políticas públicas com vistas ao atendimento daquelas necessidades básicas da população até então olvidadas. Para efetuar tal desiderato, o Estado reorganizou-se de modo a garantir o planejamento, a prática e o controle de tantas e tamanhas atividades, fazendo-o pelo reforço de preceitos administrativos já adotados cujas técnicas “neutras”, racionais e programáticas haveriam de suportar a sua atuação sócio-econômica. Em conseqüência, a Administração Pública majorou o número de seus agentes, inserindo-os na estrutura hierárquica adstritos ao cumprimento de tarefas e funções previamente planejadas conforme os *meios e modos* típicos da burocracia weberiano-taylorista.²⁶

²⁶ Uma das mais significativas doutrinas sobre os processos de administração está na famosa obra *The Principles of Scientific Management* (os Princípios da Administração Científica) de autoria do engenheiro norte-americano Frederick Winslow Taylor, pioneiro na promoção da *eficiência de resultados* nas organizações fabris originadas ao longo do século XVIII. Suas teses, bem como as de Henri Fayol, surgiram em resposta a dois grandes desafios originados do processo revolucionário industrial: o crescimento acelerado e desordenado das empresas e a paralela inabilidade de gerenciamento do processo produtivo, à época marcadamente empírico. Segundo Stoner (1985:25) a teoria de Taylor assenta-se em quatro princípios: 1- no desenvolvimento de uma verdadeira ciência da administração, de modo a se determinar o meio mais adequado à realização de cada tarefa; 2- na seleção científica dos trabalhadores com vistas a responsabilizar a cada um deles pela tarefa para a qual fosse mais bem habilitado; 3- na educação e no desenvolvimento científico do trabalhador; 4- na cooperação íntima e amigável entre a organização e trabalhadores, em face da crença de que ambos almejavam os mesmos objetivos, ou seja, o aumento da produção e a partilha dos benefícios dela decorrentes. Entretanto, as raízes mais distantes da Administração Científica podem ser buscadas no pensamento cartesiano, especificamente na *divida metódica*, na experimentação e na racionalização de procedimentos. Repousa, também, nas idéias liberais de Adam Smith descritas na obra *A Riqueza das Nações*, publicada em 1776, em que descreve a conhecida passagem da fabricação de alfinetes numa fábrica moderna. Smith observou que quanto mais compartimentalizadas fossem as tarefas do operário, muito maior seria a produção, chegando a demonstrar que a especialização das funções poderia resultar em produção superior a 200% àquela obtida no trabalho fora da divisão. Suas idéias viriam a se tornar, mais de um século depois, a base de uma teoria da competência nas organizações, amalgamando o pensamento ainda hoje vigente na estruturação e na gestão do serviço público. Os teóricos que sucederam a Smith e Descartes, como Taylor nos USA, aprofundaram a idéia de que quanto mais fragmentado o trabalho, mais o operário se tornaria eficiente na execução de determinada tarefa. Desse modo, as organizações tornaram as tarefas padronizadas, chamadas *unidades de controle*, submetendo-se os seus executores a rígida vigilância dos “mestres e supervisores”. Como resultado, a divisão do trabalho demandou o fortalecimento de uma pirâmide de controle hierárquico na organização.

Surgia, então, um Estado plenipotente: dedicado a promover políticas de emprego e interventor na economia, quer para regulá-la, quer para dirigir certas atividades eleitas essenciais e estratégicas.

3.1.- Fatores de crise do Estado Social

Tudo corre, tudo muda incessantemente, de modo a não poder banhar-se o homem duas vezes no mesmo rio, porque, no instante seguinte, nem a água do rio, nem o homem será o mesmo, dizia Heráclito de Éfeso, na antiga Grécia. Assim, o devir histórico projetaria novos desafios às nações. A dinâmica da sociedade mundial viria por em xeque a mega-estrutura administrativa do Estado Social através de plúrimos fatores.

A começar pelo **fator econômico**, a crise mundial do petróleo ocorrida em 1973 abalou os pilares dos Estados interventores, projetando-lhes em aflitivas situações sociais decorrentes da recessão econômica que lhes consumia, sentida, sobremaneira, no crescente desemprego, na queda salarial e na inflação. Além de trincar a confiança social no modelo do Bem-estar, a turbulência econômica resultou por gerar permanente deformidade na capacidade de investimento estatal maculando-o com aguda crise fiscal. Ademais, não bastassem as dificuldades administrativas intrínsecas ao Estado, a crise petrolífera dos anos 80 viria recrudescer um quadro deficitário de que ele (o Estado) já se ressentia. A sua exagerada presença na economia e na sociedade havia acirrado demandas por contínuos investimentos de manutenção e oferta de serviços, demandas impossíveis de serem atendidas.

Em ampla análise, e concernentemente aos **fatores político-econômicos**, a reengenharia do capital produtivo, cada vez mais concentrado e poderoso, passou a exercer influentes pressões sobre o Estado, vez que os conglomerados econômicos, ao deixarem de atuar solitariamente e em estreitos limites geográficos, tornaram-se apátridas e insubordinados aos comandos político-estatais. Referidos grupos instituíram processos de ampla concorrência do capital no mercado mundial, orientados pela necessidade de encontrar menores barreiras fiscais e menores custos previdenciários e trabalhistas de produção. Detentores de enorme capacidade de influência sobre a condução de governos, passaram a ameaçar a soberania dos Estados em estrito cumprimento da máxima de que “quem detém poder econômico, detém poder político”. Nesse contexto, o Estado viu esvaírem suas forças na medida em que aumentavam as pressões de grandes grupos e escasseavam os seus recursos. A reboque, perdia o sustentáculo político outrora fornecido pela classe detentora de capitais, surgindo então um Estado não apenas com menos recursos, mas com menos poder.

Também o **capital especulativo-financeiro** desafiou (como está a desafiar) qualquer capacidade governamental na condução dos interesses nacionais. Rondando o mundo ao signo do descontrole governamental, os mecanismos especulativos intentam substituir a produção econômica. Produzem perversos efeitos sobre a inerme sociedade, tal como o ilustram as constantes crises econômicas que sazonalmente efervescem em países e regiões inteiras, como ocorrido nas últimas décadas em nações *pouco desenvolvidas* como a Venezuela, o Chile, o Uruguai, a Argentina e o Brasil. Tal instabilidade lança

povos na angústia de viver a incerteza cotidiana, no precário equilíbrio de viver na "corda bamba", como se diz no (bom) senso comum.

No **aspecto social**, a crença na infinita prosperidade que há anos selava o destino dos cidadãos ao Estado rompera-se diante da incapacidade estatal por transpor obstáculos e reassumir compromissos na prestação de ampla assistência social, o que lhe projetara em descrédito perante os governados.

No **aspecto institucional ou administrativo**, a intrínseca *ineficiência social* do Estado fez brotar, nas décadas de 70 e 80, em importantes nações como a Grã-Bretanha e Estados Unidos, expressivos sentimentos sociais de contestação ao modelo estatal e aos seus atores visíveis, a burocracia.

Relativamente às **idéias ou à cultura**, no campo das teorias administrativas, excetuadas as idéias enlevadas por modismos gerenciais ou interesses editoriais, merece destaque a influência do **gerencialismo** ou Gerência da Qualidade Total – *Total Quality Control (T.Q.C)*, conjunto de idéias e técnicas concebidas pelo norte-americano W. Edwards Deming, introduzidas, estruturadas e aperfeiçoadas no Japão pós 2ª guerra, idéias que, de certa forma, embasam os elementos técnico-administrativos da reforma do Estado adotados em várias nações europeias. Deming buscava a máxima qualidade gerencial pugnando, dentre outras idéias, a cooperatividade e a participatividade no ambiente organizacional. A *Gerência da Qualidade Total* pode ser definida como um sistema administrativo calcado no engajamento ativo de todos os profissionais de todos os setores de uma organização nas

atividades de controle da qualidade (eficiência-eficácia), por meio da adoção de técnicas e métodos específicos. Na realidade, trata-se de um ajuntamento de múltiplos elementos colhidos em variadas fontes, tal como nos princípios da administração científica de Taylor, em técnicas de controle estatístico e na teoria comportamental de Maslow.²⁷

No **aspecto jurídico**, enquanto que a década de oitenta assistiu à constitucionalização de caros valores humanos, tornados princípios fundamentais do Estado, na década seguinte a influência das forças econômico-políticas mundiais fez exsurgir um novo constitucionalismo, submisso à batuta das forças econômicas de caráter *neoliberalizante*, obcecado em apregoar uma *Constituição mínima para um Estado mínimo*, operando-se, assim, sob novas roupagens, o ideal do "*laissez faire, laissez passer*" que hodiernamente pode ser traduzido em quanto menos lei de Direito, mais leis de mercado.

²⁷ O psicólogo norte-americano Abraham Maslow elaborou, em meados do século passado, importante teoria motivacional cujos delineamentos e efeitos são importantíssimos à gestão de pessoal no setor público, sobretudo quando se pretende avaliar o desempenho. Em face, porém, da exigüidade que esse trabalho dissertativo propõe, aqui apenas se sintetizará algumas de suas idéias básicas. Para Maslow, a motivação é resultante do dinamismo de *cinco* necessidades fundamentais e hierarquicamente ordenadas cuja satisfação dependeria da *necessidade prevalecente* no sujeito em dado momento. Classificava-as em: *a)* necessidades *fisiológicas*, relativas à sobrevivência do organismo; *b)* necessidades de *segurança* e estabilidade, relativas à busca de um ambiente livre de ameaças; *c)* necessidades de *participação* ou sociais, afetas à integração na vida coletiva; *d)* necessidades de *estima*, materializável na busca de uma auto-imagem positiva e *e)* necessidades de *auto-realização*, essa, alçada ao topo da pirâmide das necessidades de Maslow. Segundo o autor, as necessidades representam privações que geram impulsos os quais, por sua vez, resultam em ações concretas destinadas à satisfação das mesmas. Desse modo, busca atua o indivíduo com vistas a restaurar o equilíbrio perdido. Importa destacar que o relativo sucesso dessa teoria decorre do modo como o seu idealizador tratou a questão da *necessidade*, identificada com estado de carência, idéia presente em praticamente todas as teorias da motivação. Acentue-se, enfim, que existem outros autores, Psicólogos, dedicados ao binômio motivação-desempenho cujo estudo é relevantíssimo à implantação da avaliação de desempenho no serviço público – aspecto, porém, plenamente ignorado por imensa parcela dos atuais gestores públicos.

Sob a ótica macromundial, a *sociedade global* tornou-se paulatinamente mais complexa, fato que demandou a remodelagem das várias instituições. De fato, o século XX fora palco de reunificação de nações, como no caso alemão, e da formação de entidades transnacionais, como a ONU. Sediou também o declínio de potências, tal como a União Soviética. Conviveu com a crescente influência política e econômica exercida pelos Estados ricos sobre os pobres, por meio de entidades como o Fundo Monetário Internacional. Acompanhou a formação de comunidades internacionais de caráter cooperativo no aspecto econômico, cultural e bélico, tal como a OEA e a União Européia. Abriga novas relações decorrentes de pactos multilaterais como o Mercosul, a Alca e o Nafta. O somatório de todos esses fatores demonstra ser a complexidade mundial evento ineludível, complexidade que reclama a capacidade dos Estados – e de sua Administração – de corresponder a desafios de um novo tempo. Um tempo em que as necessidades individuais, as trocas de bens e capitais não se materializam nem se afirmam na contingência física da territorialidade, afastando, em decorrência, a exígua visão da soberania estatal outrora soberanicamente encarnada em governos que *reinavam* sobre dada espacialidade.

Nas recentes décadas, o exercício do poder dissipou-se em multifários mecanismos sociais de co-gestão da *res publica*, forjando, assim, um *modo diferente de administrar* o interesse público, ou, como lembra Moreira Neto (2000:27), um Direito Administrativo dinâmico, de natureza participativa, ou de um "Direito Administrativo participativo", na inovadora expressão de Caio

Tácito.²⁸ Nessa direção, novas formas de manifestação e de organização popular consagradas no ordenamento passaram a imprimir ao conceito jurídico de *povo* nova e ativa envergadura, resgatando-o da ignara inatividade quanto aos destinos do Estado. Como resultado desse quadro, a clássica tríade constitutiva da idéia do Estado - povo, território e poder soberano - volatilizou-se, não se podendo mais reduzir o conceito de soberania à primitiva concepção que lhe assinara Jean Bodin no longínquo século XVI.

Em resumo, foram multifárias as causas que provocaram mudanças no Estado, podendo-se resumi-las nas seguintes: a) na incapacidade econômica do Estado por manter a oferta de serviços e atividades socialmente desejadas e seu conseqüente enfraquecimento político, b) na quebra do consenso social legitimador do Estado totalizante, econômico, paternalista e burocrático, c) no descrédito social na atuação da burocracia em função do tráfico de influência e outros vícios concebidos no interior da máquina pública, d) na manifesta ineficiência da atuação estatal que se revelou, com o tempo, onerosa, morosa e produtora de poucos resultados. Diante desse quadro, ao Estado restou enfrentar a realidade ditada, sobretudo, pelas forças econômicas, pelo que

²⁸ TÁCITO, 1999, p. 82-86. A expressão é utilizada pelo professor ao final do texto reportado no qual procura demonstrar que o Direito Administrativo encaminha-se a abandonar a sua "vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade". Em comentários às idéias lançadas por Tácito, Moreira Neto indica significativas alterações incidentes sobre o Estado e a Administração Pública. Como insurgentes formas de participação social na Administração estatal aponta a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, a atuação das *agências reguladoras* e das *sociedades intermédias*, além dos mecanismos participativo-constitucionais do referendo, do plebiscito e a iniciativa popular. Para ele, ora prevalece forte tendência de desconcentração de poderes na gestão estatal, configurando-se tal conduta um novo princípio jurídico-administrativo que chama de *princípio da subsidiariedade*, o qual preconiza a gestão co-operativa dos vários interesses outrora agasalhados solitariamente pelo Estado. MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 200.

reconfigurou o seu papel, a sua estrutura administrativa e as suas finalidades, donde, enfim, o *trânsito da administração burocrática à gerencial*.

3.2 – A tecnoburocracia nacional

Com antes referido, com a proclamação da República brasileira, a estrutura e a fisiologia do poder político-administrativo continuou a abrigar nítidos característicos do modelo absolutista pretensamente banido como o apropriação, a centralização de poderes, a rígida organização hierárquica e a falta de transparência na edição, motivação e publicação dos atos administrativos. Some-se a esses fatores a desinformação social quanto à condução da *res publica*, que revelava uma Administração Pública profundamente hermética e autoritária que prosseguia consentindo na perpetuação de odiosos abusos e privilégios fomentando, assim, o aparecimento de uma cultura de corrupção que se consolidaria nos anos seguintes e de raízes difíceis de se remover.

Contudo, a partir do declínio da *política dos coronéis*, e com o paulatino surgimento da industrialização, cresceu a importância do Estado para a economia ampliando-se, por sua vez, a idéia de que era necessário planejar adequadamente as ações administrativas. As implicações dos processos políticos aos econômicos, e de ambos sobre a administração estatal, resultaram na necessidade de exercitar maiores ações de controle e planejamento na Administração Pública. Assim, a concepção administrativa burocrática viria encontrar terreno fértil no país, crescendo conforme as

necessidades ditadas pelo novo modelo econômico-político desenvolvimentista e pelo paulatino abandono das teses absenteístas do clássico Estado Liberal. Surgia, então, um *staff* burocrático estatal, como bem o ilustra Otávio Ianni,

"À medida que crescia a importância relativa e absoluta da participação do Estado na economia, havia uma contínua incorporação de conselheiros, assessores, técnicos, engenheiros, estatísticos e economistas nos órgãos de formulação, execução e controle da política econômica governamental. Pouco a pouco formou-se uma dependência muito especial do Poder Executivo com os característicos de uma nova estrutura burocrática. Ou seja, progressivamente os funcionários, conselheiros, assessores, engenheiros, estatísticos, técnicos, economistas foram constituindo uma categoria especial, no âmbito do sistema político-administrativo. Devido ao estilo de pensamento peculiar desse grupo (um tipo de pensamento técnico-científico), em contraposição ao pensamento político, que tendia a predominar em outras esferas do poder, as pessoas que compunham essa tecnoestrutura estatal passaram a representar uma dimensão nova e importante do Poder Executivo. Assim, a hipertrofia crescente do Poder Executivo (em detrimento do Legislativo) caminha de par em par com a crescente importância do grupo que compõe essa nova estrutura burocrática."²⁹

Questionando a consolidação de uma burocracia nacional, afirma Gilberto Guerzoni Filho (1995:43) que, apesar dos esforços empreendidos, no país

²⁹ IANNI, Octávio. *Estado e planejamento*. In: FENELON, Dca Ribeiro. *50 textos de história do Brasil*. , São Paulo:Editora Hucitec, 1986, p. 178-179.

jamais se conseguiu erguer uma burocracia autóctone e suficientemente estruturada.³⁰ O primeiro dos esforços, segundo ele, dera-se após a Revolução de 1930, quando, por força da atuação estatal em variados setores, se necessitou criar um *staff* burocrático capaz de fazer andar a maquinaria estatal, fato que levou o constituinte de 1934 a inserir um título inteiro na Carta Política dedicado aos funcionários públicos.³¹ Na sina da modernização estatal, o governo adotou várias medidas administrativas voltadas a localizar os cargos na estrutura administrativa, separando os cargos efetivos dos em comissão, além de organizar um quadro de remunerações. Tais ações tiveram culminância na criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, órgão dedicado à organização da função administrativa. Depois, em substituição a esse Conselho, criou-se, em 1938, o Departamento de Administrativo do Serviço Público – DASP, órgão voltado a *desinfetar* o ambiente estatal da persistente contaminação das práticas patrimonialistas, mediante a adoção de modernas técnicas administrativo-burocráticas.³²

³⁰ Segundo Guerzoni (1995:57), no serviço público nacional jamais se implantou sólido regime burocrático. Entre outras razões, aponta duas: a) o fato do *descontinuidade administrativo*, tanto no setor de pessoal, quanto em demais aspectos da vida administrativa, o que comprometeu a estabilização e a carreira dos quadros; e, ainda, b) a *ausência de efetivas políticas de recrutamento e gestão de pessoal* haja vista que a Administração direta sempre se socorreu de mão-de-obra contratada pelos entes indiretos para compor o seu quadro. Tais condutas, segundo o autor, criaram no Estado uma “pseudoburocracia” constituída pela antiga tecnocracia oriunda das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações cujos membros, além de terem sido estabilizados sem a devida apuração de mérito, não foram devidamente enquadrados em carreiras, faltando-lhes, também por isso, a necessária organicidade burocrática.

³¹ A inserção de título inteiro regulador da situação do “funcionário público” deve ser atribuída à influência do constitucionalismo social que se vinha desenvolvendo na Carta constitucional do México, em 1917, e na Constituição da República de Weimar, de 1919. Note-se que a Carta de 1891 nada dispunha sobre essa matéria. E a Carta de 1934 somente o fez graças à crônica letargia do legislador nacional moroso (ou quase inerte) em legislar segundo as céleres necessidades da nação. Assim, reccoso da lentidão do legislador infraconstitucional, é que nela se instituíra título inteiramente dedicado ao funcionário público, no qual foram fixadas regras de base para vigência imediata, até que editasse o futuro estatuto funcional.

³² Como consequência do golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, o governo de Getúlio Vargas consolidou parte das reformas pretendidas pela Revolução de 1930, quando havia ascendido ao poder

Encarregado de prosseguir na modernização do serviço público, o DASP consolidou a aferição de mérito para ingresso no serviço público, o instituto da estabilidade e do concurso público. Entretanto, apesar de tais esforços – amparados, diga-se, na previsão contida no Estatuto Federal de 1952, Lei 1.711/52, que tornava o concurso regra obrigatória de admissão de pessoal - a ulterior edição de demais normas constitucionais e infraconstitucionais insistiam em manter a ocupação de cargos públicos como *importante moeda de troca no jogo político-partidário*. Nesse sentido é que a Constituição de 1946, por força do disposto no art. 23 do ADCT, tornou efetivos os extranumerários admitidos sem concurso público.³³

A previsão do concurso obrigatório contido na Lei 1.711/52 foi também minorada por meio de sucessivos diplomas que enquadraram como servidores públicos uma multidão de sujeitos contratados apenas para subsidiar a transferência da Capital Federal para Brasília. Desse modo, no início dos anos 60, o inchamento da máquina estatal revelava um quadro caótico e incapacitado a agir com a eficiência que inicialmente se projetara ao setor público.

pelo apoio dos tenentes, das classes médias urbanas e das oligarquias mineira e gaúcha. Naquele segundo período de governo, ampliou a participação econômica do Estado através da criação do Conselho Nacional do Petróleo, da Companhia Siderúrgica Nacional, da Cia Vale do Rio Doce e, no plano político-administrativo criou, em 1938, o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP cujas metas básicas consistiam na reforma da concepção e da prática do serviço público num momento que crescia a burocracia estatal. (o DASP sofreria, depois, alterações pelo Decreto-Lei n. 1.713 de 28 de outubro de 1939, Estatuto Federal que antecedeu a edição da Lei n. 8.112/90).

³³ Entretanto, num ritual de cristalização da burla à exigência do concurso público, as Constituições vieram, uma a uma, sacramentando o ingresso de agentes no serviço público pela *porta dos fundos*. Mediante “processos simplificados”, despidos da necessária objetividade, imparcialidade e real aferição de mérito, a Carta de 1967, no § 2º do art. 177, confirmou as nomeações feitas ao arrepio da Carta de 1946 (que, por sua vez, também estabilizara os servidores extranumerários no art. 26 do ADCT) e, na mesma esteira, a Carta de 1988, no art. 19 do ADCT, ratificou as nomeações feitas à revelia da Constituição de 1967.

Embora viesse o país, desde a proclamação da República Brasileira em 1889, buscando inserir-se cada vez mais no contexto da nova economia capitalista mundial, tal inserção se consolidaria somente mais tarde, nos governos militares. Corroborando tal estado de coisas, releva mencionar estudos de Bresser Pereira, em obra brilhantemente organizada pela historiadora Dea Ribeiro Fenelon:

“Os militares, que assumiram o poder em 1964, constituem um grupo tecnoburocrático por excelência. Originam-se de uma organização burocrática moderna como são as Forças Armadas. Possuem preparo técnico, administram recursos humanos e materiais consideráveis. Adotam sempre os critérios de eficiência própria da tecnoburocracia. Como se não bastassem, chamaram imediatamente para participar do governo os tecnoburocratas civis. Estes dois grupos, de origem na nova classe média, a partir especialmente do Governo Costa e Silva, assumiram plenamente as rédeas do governo, e colocaram como seus objetivos básicos o desenvolvimento econômico e a segurança. (...) Estavam estabelecidas as bases do modelo de desenvolvimento tecnoburocrático capitalista para o Brasil. Este modelo baseia-se no grande governo tecnoburocrático e na grande empresa capitalista. O grande governo tecnoburocrático controla diretamente uma imensa parcela da economia nacional, planeja o desenvolvimento, estabelece a política fiscal, monetária, financeira, salarial, habitacional e intervém diretamente na economia capitalista através das grandes empresas públicas. A grande empresa capitalista e a grande empresa pública incumbem-se da produção. Adotam uma tecnologia moderna, recebem estímulos fiscais e creditícios do governo, captam a grande parte da

poupança nacional através da obtenção de grandes lucros e, secundariamente, do recurso do mercado de capitais. (...) O grande governo, além de controlar a economia em geral, produz energia elétrica, transportes, aço, petróleo, comunicações.”

A *política dos generais* consolidou a aliança entre governo e capitalismo internacional, de modo a integrar o Brasil ao sistema capitalista mundial, porém em condição profundamente dependente, ou seja, carente de autonomia tecnológica e de acumulação de capital. Segundo Bresser Pereira, “este modelo de desenvolvimento tecnoburocrático-capitalista, baseado na concentração de renda e na marginalização permanente de grande parte da população” era à época julgado economicamente viável. Porém, viria “criar distorções sociais profundas e uma dependência econômica e política que, mais cedo ou mais tarde, teriam que ser reavaliadas” quer em face de pressão das massas excluídas, quer pelas desvantagens da aliança feita pela tecnoburocracia com o capitalismo nacional e internacional.³⁴

De qualquer modo, o cenário mundial dos anos 70 facilitou a empresa burocrática brasileira. A grande oferta de capitais no mercado internacional impulsionou a economia brasileira impondo, entretanto, altíssimos custos sociais e políticos à nação. Ampliada, a Administração Pública brasileira necessitou *descentralizar* a prestação de muitas das atividades então

³⁴ PEREIRA, L.C.Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. Ed. Brasiliense, São Paulo, 1972, p. 223-230.

assumidas, repartindo-as com os entes para tanto criados, da chamada Administração Pública indireta.

Nessa lógica, em fins da década de 70, com a edição do Decreto-lei n. 200, de 1967, instituiu-se amplo processo descentralizador da atuação estatal. Orquestrado nas idéias de Hélio Beltrão,³⁵ esse diploma criou a *Administração indireta*: as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Entre os seus 215 artigos encontram-se vários princípios norteadores da Administração indireta, especialmente o **princípio da eficiência administrativa**. Dele constam expressamente as competências do então existente DASP, órgão responsável pela gestão de pessoal civil.³⁶

O Decreto-lei 200/67 constituiu-se marco modernizador da administração estatal na medida em que previa a indispensabilidade do planejamento e da

³⁵ BELTRÃO, Hélio. *Descentralização e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 1984, *apud* BRESSER PEREIRA, L.C. (org.) *A reforma do Estado e a administração pública gerencial*, Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998., p. 245. Beltrão, posteriormente, ministro da Desburocratização, brilhantemente resumiu o desiderato de sua proposta administrativa na idéia de se “retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado”.

³⁶ Dispõe o art. 6º do decreto-lei 200/67:

“Art. 6º- As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - planejamento; II- coordenação;III- descentralização; IV- delegação de competência; V- controle.”Tais princípios são desenvolvidos no *corpus* do diploma, ali concebidos como **alicerces da reforma** que se pretendia fazer, uma reforma calcada no *planejamento* das ações governamentais, na *coordenação* de sua *execução*, na *descentralização da execução* de atividades públicas (descentralização que se daria, em que pese a atecnia empregada no texto, “dentro dos quadros da Administração Federal”(sic), dentre a Administração e as unidades federadas mediante *convênios* e, também, dentre aquela e particulares, ou seja, através de *contratos ou concessões*. Visando a assegurar a necessária celeridade da atuação estatal no processo descentralizador, previu ainda o legislador a *delegação de poderes* e, enfim, para evitar-se desvios em todo o itinerário, o decreto impunha a necessidade do *controle* no desempenho do planejamento e no uso dos recursos públicos. Impende destacar, acerca do controle sobre as entidades da Administração indireta, que a supervisão ministerial deveria assegurar, art. 26, *verbis*: “ (...) III - a **eficiência administrativa**; IV- a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.”(g.n). Como se vê, a perseguição da eficiência administrativa ora não deve ser concebida como inovação – legislativa ou doutrinária - no serviço público. Quiçá o seja a **vontade política** de torná-la realidade através de sua alçada à categoria de princípio constitucional, bem como através da criação de *mecanismos*

coordenação das ações administrativas, atribuindo, ademais, maior flexibilidade e dinamismo administrativo às entidades então criadas, transferindo-se lhes a produção ou a prestação de determinados bens e serviços.

Além da criação do DASP e da edição do Decreto-lei 200/67, uma outra tentativa modernizante surgira ainda durante os governos militares, em 1964, os quais intencionavam aproximar a ação administrativa do Estado ao modelo de ação existente no setor privado. Tenha-se, como medida capital então adotada, a flexibilização das regras contidas na Lei n. 1.711/52 que, com amparo na permissão do art. 104 da Carta de 1967, permitia à Administração a contratação de agentes pelo regime da *Consolidação das Leis do Trabalho*, instituindo-se a coexistência de *dúplice regime* no serviço público.³⁷

Entretanto, o que havia sido instituído como exceção, com o tempo se tornaria regra. O regime celetista, consagrado como moderno e mais eficiente, se tornaria a norma admissional ao serviço da Administração direta e indireta, de sorte que a Lei n. 6.185/74 expressamente previa que, afora aquelas atividades que não encontrassem símile no setor privado (segurança, diplomacia, arrecadação e fiscalização de tributos federais e contribuições previdenciárias) todas as outras deveriam reger-se pelo diploma trabalhista (art. 106, da EC n.

reais e específicos capazes de prover efetividade ao tema, tal como o diploma contido no PLC n.º 248/98, que trata da avaliação de desempenho.

³⁷ O art. 104 da Carta de 1967 dispunha: “Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada”. O Decreto-lei n. 200/67 reproduziu o mesmo comando nos artigos 96 e 97.

1, de 17 de outubro de 1969, regulamentada pela Lei n. 6.185, de 11 de setembro de 1974).

Desse modo, centenas de "servidores" admitidos pelas fundações e por demais entes da Administração indireta através de processos seletivos simplificados, desprovidos da devida apuração de mérito e da necessária impessoalidade, foram, no decorrer do tempo, e por força da benevolência legislativa, estabilizados.³⁸

Os abusos administrativos relativos à gestão de pessoal não pararam aí. A criação de institutos como o do acesso permitia que servidores galgassem cargos diversos daqueles primitivamente ocupados mediante simples mecanismos de seleção interna.

Apesar desses entreveros, mantiveram-se firmes as colunas do Decreto-lei 200/67 bem com a sua contudente vocação modernizadora. Entretanto, os governos que sucederam à sua edição, descuidando de aprofundar as previsões nele contidas, limitaram-se a consentir na proliferação das entidades da Administração indireta cujo ulterior funcionamento viria revelar perversidades. Com o tempo, muitas entidades, contrariando a inspiração que lhes criara, se tornariam berçários do patrimonialismo: a flexibilidade

³⁸ Observe-se que a previsão da flexibilidade contratual, que deveria servir ao ideal da eficiência administrativa, consolidou-se em burla ao sistema de mérito, promovendo apadrinhamentos políticos e o inchaço da máquina, através de um festival de contratações empreendido pelas fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista que, funcionando como intermediadoras de mão de obra junto à Administração, não se submetiam à regra da admissão por concurso e aos limites remuneratórios de seu pessoal. Segundo Guerzoni, algumas entidades possuíam mais da metade de seus agentes prestando serviços à Administração direta. In: GUERZONI FILHO, Gilberto. *Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 128, out/dez. 1995.

administrativa outrora instituída em prol da eficiência – permissiva, pois, de autônoma gestão de recursos humanos e admissão de pessoal - desembocaria em um *festim* patrocinado pela economia pública, tendo como suas principais *marcas* a livre contratação de parentes, o clientelismo de todos os modos, o pagamento de altos salários a tecnocratas e a ausência de procedimento licitatório para contratação de obras e serviços. Tal descalabro administrativo viria revelar a insuficiência da *modernização descentralizante*, adotada como alternativa à sólida cultura apropriacionista e burocrática enraizada na República brasileira.

Releve-se que dentre os fatores explicativos do fracasso modernizante prevaleceram os de ordem cultural, haja vista que as mudanças inauguradas na estrutura organizacional pública não se fizeram preceder, e acompanhar, de mudanças na ordem das representações psíquicas dos sujeitos, na *conduta* dos agentes, enfim, na *cultura* prevalecente quanto ao tratamento que se atribuía à gestão da coisa pública. Assim, por ignorar a determinância dos aspectos culturais existentes no seio da Administração sobre os resultados então desejados, novamente o Estado arcou com severos prejuízos.

3.2.1 – O “Estado Social” brasileiro

O tão-sonhado “Estado Social” trilhou no Brasil caminhos muito diversos daqueles seguidos na América do Norte e Europa. Aqui, o intervencionismo econômico, embora tenha ampliado a participação estatal na economia internacional - e a conseqüente dependência ao capitalismo global - jamais

produziu, entretanto, o Estado do Bem-Estar. Concretamente, o Estado brasileiro, por força de sua história, acabou perseguindo uma organização política *sui generis*, de matiz internacionalmente expropriatória e nacionalmente excludente, de sorte que o *intervencionismo à brasileira* dera-se mediante políticas de desenvolvimento econômico gravadas, quase todas, com pouquíssima expressão social. A criação da Petrobrás em 1953, do Código das Minas e das Águas, em 1934, a criação da Vale do Rio Doce, em 1943, e as *reformas de base* do governo de João Goulart e Jânio Quadros, em 1963, ilustram o forte conteúdo econômico estatal, bem assim a crença de que a intervenção na economia, através de medidas de planejamento econômico e da criação de monopólios, pudesse proteger o país da concorrência com economias mais sólidas. Mesmo o chamado *desenvolvimento nacionalista* (ao qual se vinculam tão-somente Vargas e João Goulart) que pressupunha, além de um Estado forte, alguma assistência social em troca do apoio emocional das camadas populares aos projetos econômicos, não fora bastante para erigir o Estado Social brasileiro.

Ademais, posteriormente, os governos que se sucederam, de Eurico Gaspar Dutra, de Juscelino Kubtscheck e dos generais, ao adotarem políticas de *desenvolvimento dependente* do capital estrangeiro, vinculando o interesse nacional ao dos países hegemônicos do capitalismo mundial, impediram a criação de um autêntico Estado Social.

Porém, como anteriormente se referiu, em inevitável efeito das mudanças *reais* e *possíveis*, o Estado e a Administração Pública brasileira efetivamente

criaram a partir da década de 30, sobretudo nas décadas seguintes, durante os governos militares, quando houvera evidente ampliação da planificação econômica. Desse modo, o Estado necessitou multiplicar os seus organismos de atuação (pela criação dos entes jurídico-administrativos), de planejamento e de controle de praticamente todos os setores da vida nacional. Conseqüentemente, a Administração Pública viu avolumar o seu quadro de pessoal, posto que para administrar um grande Estado era preciso uma grande burocracia. Contudo, e paradoxalmente, as prestações sociais do Estado jamais corresponderam em volume e qualidade à sua dimensão e às expectativas da sociedade, seja por haver concentrado a sua energia em setores econômico-estratégicos, como o petrolífero e o energético, seja por faltar-lhe vontade política e habilidade técnica para fazê-lo. Assim, com muito pouca intensidade o Estado manifestou-se naqueles setores mais imediatos da sobrevivência social, setores mais sensíveis à coletividade como a saúde, a educação e a distribuição de renda.

4- A adoção do paradigma gerencial: o foco nos fins

4.1- Globalização e reforma

As mudanças pelas quais passa o Estado é fruto da subversão de variadas categorias, tal como a de espaço e tempo. Os revolucionários avanços científico-tecnológicos da sociedade alteraram significativamente a noção de espaço, suporte ao qual associava-se o conceito de Estado-Nação, ora não mais confinado à idéia de espaço como lugar hermético, indiviso e delimitado.

Atualmente, a força motriz a impingir nova forma ao Estado e, corolariamente, a seu conteúdo atuacional, origina-se na economia, nas necessidades do mercado, agora não mais no doméstico, mas no mercado tornado global, mundial. Os resultados dessa força estão expressas no desmoronamento dos nacionalismos corporativos do Terceiro Mundo, forçado pela liberalização comercial e financeira e pela privatização massiva de empresas estatais.

Essa redefinição da atuação estatal altera a sua interioridade, forçando a que se esgrimam novos conceitos, fórmulas e molduras capazes de significar o novo que ora está a irromper em acelerada velocidade. O Direito Administrativo, veículo-mor da atuação estatal, ressent-se de tais mudanças, estando, neste momento, a conviver com várias categorias que despontam no horizonte da vida pública. No plano administrativo, organizações sociais, Agências Executivas e Reguladoras, contrato de gestão, serviço público são, dentre outros, ou conceitos recentes, ou, tal como este último, conceitos em vias de profunda ressignificação.

De fato, as relações intra e interestatais estão a explodir antigas e conhecidas barreiras. E assim sempre foi, haja vista que o *fenômeno globalizatório* não é novo. A troca, a mercancia, o multiintercâmbio sempre tiveram lugar na evoluir da sociedade humana, constituindo-se, ao longo da História, fator de grandeza e poderio das antigas civilizações.³⁹

³⁹ Com a diferença que, no passado, antes mesmo do surgimento dos Estados Nacionais, as relações de intercâmbio econômico e de outras naturezas travadas entre os povos adstringiam-se aos contornos geopolíticos nos quais os “governos” apareciam revestidos de sua “soberania” e em defesa de interesses eleitos, consoante, ao menos ao nível teórico, às necessidades da comunidade. Agora, as relações desenvolvem-se num cenário revolucionário e extremamente dinâmico em que atuam forças capazes de

Esse dinamismo produzido pela economia impõe diretivas ao Estado, nele reproduzindo a vontade econômica haja vista que o Estado, ente jurídico-político por excelência, é o único instrumento capaz de facilitar, ou ao menos não enterrar, o livre trânsito do capital ou o fluir do mercado através da desregulação do mesmo. Por essa razão, o modelo estatal weberiano-taylorista demonstra-se desfuncional - piramidal, burocrático, intervencionista e centralizador - incapaz, tal qual um paquiderme, de mobilizar-se com a agilidade reclamada pelos interesses do mercado.

É nesse cenário que deve ser inserida as várias reformas estatais realizadas mundo afora, aí a reforma estatal brasileira.⁴⁰

subverter fronteiras físicas e políticas há séculos cristalizadas. Tais forças impõem ao Estado renunciar ao enterramento da economia, de modo que nalgumas situações vê-se até mesmo obrigado a abrir mão da defesa de certos interesses coletivos, públicos, em face da liberdade produtiva e mercantil. Nessa direção, as velhas políticas econômicas protecionistas e isolacionistas são limites irremediavelmente quebrados na nova ordem econômico-mundial que ora se “afirma”.

⁴⁰ Para alguns sociólogos há duas vias de globalização. Uma globalização verticalizada e imposta “por cima”, e outra, em sentido inverso, surgida “por baixo”, a partir da dinâmica de grupos sociais difusores de variados interesses, e orquestrada em reação ao intento economicista adotado pelas forças econômicas mundiais. A primeira, a globalização vertical, teria na presidência Estados economicamente dominantes e as forças do mercado mundial; já a segunda, seria conduzida por forças democráticas dedicadas a criação de uma sociedade civil também global, como alternativa à economia global que está sendo desenhada pelas forças de mercado transnacionais. Essas últimas seriam forças voltadas à promoção de um “direito da humanidade” e inspiradas numa concepção democrática e humanitária de desenvolvimento sustentável que inclui proteção ambiental e social. Exemplo dessa globalização “por baixo” pode ser encontrado nas múltiplas organizações não-governamentais atuantes em vários países. Preenchendo um vácuo no qual os Estados não operam, operam parcialmente ou mal, as ONGs vêm assumindo atividades que competiriam ao Estado tais como educação, cultura, meio ambiente e desarmamento nuclear. Segundo estimativas do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – há hoje no mundo cerca de 250 milhões de pessoas atendidas por ONGs nos países em desenvolvimento.

4.2-Recortes da reforma estatal na Inglaterra

A partir dos anos 70 e 80 emergiu em várias nações o ideário reformador. Na década seguinte, Reino Unido, Nova Zelândia e Austrália buscaram dar efetividade às idéias que então efervesciam.

A reforma estatal brasileira em curso reflete as experiências reformadoras ocorridas naqueles países, razão suficiente para apontar breves aspectos da pioneira experiência reformadora inglesa.

Como se viu, a crença liberal de que bastaria a ausência do Estado da produção para, então, garantir-se o êxito da sociedade e do governo caíra por terra diante da veemência dos fatos sociais. Igual destino tivera outra crença liberal, porém oposta à primeira, que atribuía miraculosos poderes à intervenção do Estado na economia, o Estado paternalista e provedor. Enfim, as *profecias* liberais ruíram uma a uma, revelando-se utópicas na medida em que crescia a complexificação social e, nela, novas exigências que ultrapassavam a mera garantia dos contratos, da propriedade, da ordem social e da prestação de bens e serviços.

Assim, o cenário mundial no qual a reforma administrativa inglesa emerge teve como *background* a vacuidade das premissas burguesas experimentadas na aguda recessão mundial afetadora do Estado do Bem-Estar Social. Naquele país, em face da instabilidade econômica, forças sociais e políticas passaram a pugnar um conjunto de medidas voltadas ao controle do setor público –

minimizando-o ou aprimorando-o - cuja manutenção era vista como causadora de crescente tributação e da elevação de níveis inflacionários.

As significativas alterações postas em curso na estrutura organizacional do Estado inglês durante a década de 80 foram batizadas de movimento da “nova administração pública”. Esse movimento buscava promover mudanças *estruturais* e *funcionais* no setor público, vale dizer, pretendia alterar o formato das instituições estatais, de seus processos de funcionamento e dos papéis nelas desenvolvidos. As alterações mais significativas empreenderam-se na saúde e educação. Conforme assinala Ferlie (1999:17). Grosso modo, as mudanças assentaram-se:

- 1- no abandono pelo Estado do desempenho de atividades econômicas diretas, através de amplo processo de privatização;
- 2- na reorientação das remanescentes funções sociais então incumbidas ao Estado, as quais passaram a funcionar segundo princípios clássicos do mercado (o *gerencialismo*) o que significou a quebra de antigos modelos de relacionamento entre os agentes públicos os quais passaram a atuar com base na firmação de contratos e não mais na obediência a rígidos comandos hierárquicos. Destaque-se que a horizontalização das relações administrativas evidenciou-se sobremaneira através da criação de *agências* autônomas e semi-autônomas - chamadas de *Next Steps* - encarregadas de orientar a prestação dos serviços públicos. Ademais, priorizou-se a **gestão por resultados** de modo a otimizar o dispêndio de recursos, adotando-se, para tanto, **mecanismos aferidores de desempenho** e de custos, além de

sistemas de informação e auditoria, tudo com vistas a otimizar o gasto do dinheiro público.

3- na difusão de uma retórica de mudança e de transformação do setor estatal, com ênfase na sobrevalorização de novos estereótipos aplicáveis aos gestores públicos cuja nova imagem deveria exprimir dinamicidade, technicalidade, independência e autonomia, tal como existente nas organizações do setor privado.

Efetivamente, o processo de privatização inglês viria esgotar-se na absoluta transferência de atribuições estatais a terceiros. Os poucos setores que escaparam à privatização foram maximamente aproximados do modelo privado. Como dito alhures, o organismo público passou então a gerir-se com forte na idéia de **eficiência** e **efetividade** e os agentes públicos ou se travestiram em gerentes e administradores ou foram por eles concretamente substituídos.

4.2.1- Contratualização e gestão competitiva no setor sanitário

O setor da saúde, abrangente e consumidor de significativo volume de recursos, foi um dos mais atingidos pelas modificações. Nele se vinha introduzindo, desde a década de 70, inovações de ordem gerencial. Porém, somente na década de 90 é que se consumaria a sua reestruturação.

No modelo inglês, às agências competia a vigilância da prestação de serviços de forma a desonerar o Estado para dedicar-se à formulação de políticas e

estratégias governamentais. Para se ter idéia da dimensão do esforço reformador, em 1993 havia cerca de 92 agências naquele país as quais, somadas a outros mecanismos gerenciais do Estado, empregavam mais de 60% da mão-de-obra localizada no serviço público. A instituição das agências abrangeu diversidade de atividades públicas, inclusive alguns delicados setores como a Previdência, através da criação da Agência de Benefícios, agência executiva vinculada ao Departamento de Seguridade Social.⁴¹

As reformas na saúde tiveram profundidade suficiente a superar qualitativa e quantitativamente as patrocinadas noutros setores, como no da educação. Sobretudo a partir de 1990, a saúde passou a funcionar como um *mercado peculiar*, organizado e competidor. Nela se introduziu complexa compartimentalização de funções, de modo a tornar o setor "competitivo" em face dos disputados recursos públicos. Às unidades sanitárias, tais como hospitais gerais, clínicas e serviços especializados, permitiu-se relativa autonomização de modo que o sistema funcionava mediante disputa entre as unidades por habilitarem-se ao recebimento de recursos públicos cuja gestão financeira era acompanhada de perto pelo *National Healthy Service*. O grau de autonomização permitia, por exemplo, que os gerentes das unidades de saúde, afastando-se do clássico papel de postulantes de insumos junto ao respectivo

⁴¹ Conforme aduz Ferlie *et al* (1999:20), as organizações classificadas de *semi-autônomas* eram organizações públicas do setor de saúde que, embora fazendo parte da rede dos prestadores públicos do serviço de saúde, uma vez que optassem pelo *status* de organização *semi-autônoma*, passavam a dispor de maior autonomia administrativa e gerencial. Eram dirigidas por um Conselho Diretor composto por representantes do Governo Central, profissionais da saúde, administradores e membros da comunidade. Seu objetivo consistia na prestação de serviços sanitários à população, gozando, para tanto, de relativo grau de autonomia administrativa e financeira, conforme o acordado em *contrato de gestão* celebrado com o respectivo distrito de saúde. Já as agências - que no Brasil são chamadas de *agências reguladoras* - desempenhavam funções eminentemente fiscalizatórias da prestação das atividades delegadas.

departamento, se dirigissem diretamente aos fornecedores de insumos em aberta negociação com os mesmos.

Em síntese, segundo o modelo das organizações semi-autônomas, a distribuição dos recursos públicos deixou de obedecer unicamente às regras de planejamento orçamentário passando também a operar-se segundo mecanismos concorrenciais e competitivos alavancados segundo a capacidade empreendedora dos gestores das organizações, bem como de seu desempenho na prestação dos serviços à comunidade.

4.2.2- Competição e autonomização no setor educacional

Na educação, ainda conforme assinala Ferlie, as escolas vinham-se mantendo monitoradas por agências educacionais locais. A partir de 1988, reformas implantadas no sistema de ensino reduziram o controle administrativo das agências sobre a gestão do ensino ao permitir às unidades escolares relativa autonomia administrativa. No novo arranjo, as escolas públicas poderiam optar por se manterem através da percepção de subsídios *per capita* ao invés de permanecerem vinculadas ao estrito financiamento e controle da respectiva agência.

Às escolas foram delegados poderes de gerenciamento concernentemente à admissão e demissão de pessoal, de auto-controle financeiro e liberdade para organizar a disponibilização de seus serviços. Assim, hierarquicamente desvinculadas da agência educacional local, pretendia-se que as escolas

funcionassem à similaridade das organizações semi-autônomas implantadas no sistema de saúde, empresa, entretanto, que não logrou êxito.

Para alguns analistas, o modelo inglês de escolas subvencionadas, de matrículas abertas e de administração local, objetivava submeter o sistema educacional às "salutares" pressões do mercado, às necessidades do consumidor, enfim, a uma *cultura empresarial*. Porém, estudiosos das mudanças, conforme reportado em Ferlie, dissentem acerca dos efeitos das inovações no que concerne à melhoria da qualidade e padrões de ensino naquele país, muito embora haja algum reconhecimento, porém genérico, quanto ao melhor uso de recursos públicos na gerência das instituições após o advento das referidas mudanças. De qualquer modo, impende frisar que os relatos colhidos acerca dessa polêmica indicam que a "eficiência" alcançada nesse serviço possuiu no mais das vezes versão econômica, e, em bem menor proporção, expressão qualitativa, pedagógica ou de níveis de aprendizagem.

Indica-se, ademais, como inequívoca variável sociológica decorrente dessas alterações, a introdução de novos perfis culturais na relação serviço público-usuários. Esses passaram a se conceber *consumidores da escola*, razão pela qual buscavam esgotar ao máximo os recursos da instituição na busca da *melhor diplomação*, acirrando, ao nível social, condutas classicamente competitivas e individualistas. Desse modo, a competição interna ao sistema, verificada na disputa por recursos públicos e na comparação do nível de eficiência das escolas, obtido através da periódica publicação de seus resultados, fomentava a competição externa a ela, a competição socialmente

existente. Noutros termos, os sujeitos passaram a atuar de forma isolada diante dos prestadores do serviço educacional, fazendo-o segundo um estereótipo consumerista, solitário e socialmente desarticulado.

Como **conclusões** dessas experiências, a gestão por contratos ou a *administração por resultados* requereu maior controle de desempenho, maior flexibilidade administrativa e, em muitos casos, redução drástica de custos através da eliminação de estruturas hierárquicas e de pessoal denominadas, na linguagem corrente, *downsizing*, ou seja, diminuição de quadros e estruturas administrativas.

Enfim, com o decurso de quase duas décadas, a literatura ocupada da verificação dos efeitos da transposição de categorias do setor privado para o público, além de esparsa, é ainda relativamente recente e aponta para resultados bastante discutíveis, mesmo naqueles países economicamente fortes. Entretanto, já se sabe que alguns resultados perversos contaminaram o ambiente da administração estatal, tal como ocorrido na gestão do sistema educacional inglês em que as alterações cristalizaram a ineficiência de muitas escolas optantes pelo sistema de subvenção pelo fato de que aquelas unidades que já detinham melhores condições materiais, pessoais, organizacionais e ambientais tenderam à consolidação e ao ascenso dentro do sistema, ao passo que outras, de menores e difíceis condições, tenderam à estagnação e à piora de seus resultados.

4.3- Antecedentes da reforma estatal brasileira

Tendo visto anteriormente, no item 3.2 e 3.2.1, os mais significativos movimentos de modernização do Estado, trata-se agora da última grande tentativa de modernização da Administração Pública que se efetuara com a redemocratização do país, com a inauguração da *República Nova*, em 1985. Desse evento é que decorreriam os maiores e mais significativos esforços inovadores que foram empreendidos depois, por ocasião da constituinte de 1988.

O cenário pré-reformador revelava, no limiar da Nova República, um quadro caótico tanto na Administração direta, quanto na indireta. Os conchavos entabulados pelos dois grupos políticos prevaletentes quando da transição democrática (Arena e MDB) perpetuavam práticas patrimonialistas no seio da Administração, produzindo a reação do legislador constituinte. Vicejava o inchaço da Administração Pública por meio do empreguismo clientelista, do nepotismo e outras condutas nocivas. A burocracia fortalecia-se e ensimesmava-se, como que identificando os interesses do Estado aos seus. Práticas administrativas de cunho patrimonialista e burocrático fundiam-se gestando um singular, e perverso, *modelo burocrático à brasileira*, de sorte que a insustentabilidade dessa situação atrairia o ideal do *gerencialismo* na década seguinte.

Além das pressões do capital mundial, variáveis internas, como o distanciamento do Estado das necessidades sociais, o crescente empobrecimento populacional e a sua crônica ineficiência administrativa

contribuíram para a crescente insatisfação coletiva, na monta a facilitar a "aceitação social" de propostas de alteração do Estado.

Ao nível interno, concernentemente à gestão de recursos humanos, o modelo de gestão burocrático havia contribuído para a produção e a concessão de privilégios. Remanescia a nepótica e eleitoreira distribuição de empregos públicos e o conseqüente excesso de quadros de pessoal, haja vista que o empreguismo vicejava nos entes descentralizados. Tal estado de coisas também revelaria a insuficiência do estamento tecnoburocrático.

Na relação com a sociedade, um amplo espectro de fatores assinalaria a decadência tecnoburocrática: a cultura da corrupção, a distribuição de subsídios e incentivos fiscais ao grande capital a pretexto de promoção da produção, o ineficiente controle da destinação de recursos e de seus resultados, enfim, o *modelo administrativo empírico* em prática viria exaurir a tênue crença social no paradigma burocrático.

Em função do cenário acima desenhado a Constituição de 1988 acabou oscilando entre o *moderno* e o *antigo*, entre a flexibilização da ação administrativa e as herméticas formas de seu controle, prevalecendo, na visão de muitos, a segunda das tendências.

Concernentemente à gestão de pessoal, o constituinte de 1988 erigiu, no art. 37, *caput*, e de forma explícita para **toda a Administração**, direta ou indireta, o concurso como a única forma de ingresso ao serviço público, submetendo,

además, os entes descentralizados a limites remuneratórios de pessoal (regulação até agora aguardada) e ao processo licitatório. Pôs fim também à modalidade de *provimento derivado* então praticada através do instituto do *acesso*, consolidando, además, rígida estabilidade aos servidores concursados. Tais medidas demonstraram a reatividade conservadora ou burocratizante ou, se preferir, o “*antigo*” na Constituição de 1988. Quanto ao “*moderno*”, somente viria inserir-se na Carta por meio de Emendas Constitucionais, sobretudo pela EC n. 19, cujos aspectos serão abaixo arrolados.

4.4- A reforma estatal no Brasil

Como sempre sucedeu no decurso da história nacional, as impactações alienígenas sempre tardam a aqui chegar, de sorte que os ventos mais fortes da reforma sopraram no Brasil há cerca de quase duas décadas após sua introdução na Europa. Apesar do ensaio modernizante contido no Decreto-lei 200/67 e embora ancorado às vertiginosas mudanças em curso na sociedade e economia mundiais, apenas na década de 90 é que o Estado brasileiro dera relevo ao movimento reformista já instalado noutros países.

Então, após anos de gerenciamento acorde à lógica patrimonialista e burocrática, o Estado brasileiro, tal como no metafórico clássico infantil, vislumbrou-se num espelho denunciador de suas mazelas estéticas, refletindo suas formas obesas, carregadas, flácidas, despidas de energia muscular suficiente a conduzir-lhe com a necessária celeridade e eficiência ao

atendimento das amplas necessidades da sociedade. Paradoxalmente, o Estado brasileiro vislumbrou-se crescendo, porém sem haver atingido metas coletivas básicas como o provimento eficiente de serviços públicos essenciais. E o pior: sequer conseguiu lograr o esperado êxito no desempenho de suas precípuas funções de planejador, gerenciador e fomentador das atividades sócio-econômicas. A despeito disso, busca-se transitá-lo ao modelo mínimo, quando na verdade o Estado brasileiro, diversamente da quase totalidade dos Estados europeus, jamais fora um Estado máximo. Noutros termos: o Estado brasileiro crescera sem, contudo, prover respostas eficientes à sociedade.

Ante referida constatação, o receituário para a deformidade administrativa estatal, na esteira das prescrições já (im)postas pelos organismos econômicos mundiais à demais nações, sobreveio taxativo: “*regime total*” quanto aos gastos e “*ginástica*” para fortalecimento de suas estruturas, com vistas à aquisição da agilidade necessária à obtenção da efetividade-eficácia de resultados. Detectada a “doença”, o coquetel terapêutico ditado pelos protagonistas da nova ordem político-econômica mundial veio no invólucro de medidas as quais se convencionou denominar *reforma do Estado*, as reformas administrativa, fiscal, previdenciária e judiciária, algumas em curso, outras sequer lançadas *no papel*.

Em síntese, ora vive-se momento de possível transição na Administração Pública, de sorte que nela convivem forças de reação e forças de mudança. Desse modo, o modelo de gestão administrativa atualmente em curso permite chamar de *Administração Pública eclética* o estágio em que se encontra a

Administração Pública brasileira, ou seja, uma Administração marcada pela hibridez entre práticas patrimonialistas, burocráticas e, incipientemente, *gerenciais*.

4.4.1- A *semântica* da reforma

O ser humano costuma resistir a mudanças. Elas trazem insegurança, incomodam, desinstalam as pessoas, portanto, não são geralmente bem-vindas. Por isso, diante da reforma⁴² do Estado é comum existirem reações ambíguas, oscilantes entre aceitação e rejeição, posturas motivadas por ingenuidade, ideologias e preconceitos. Porém, no estudo da reforma é necessário rejeitar os extremos, quer de sua apriorística aceitação, baseada na singela crença de sê-la evento bom, quer ainda na simplista concepção de sê-la evento malévolos, ignorando-se, também por essa ótica, todas as suas nuances. Em suma, a maniqueização da reforma em nada contribui ao prudente entendimento do que se pretende mudar no Estado e na Administração Pública, razão pela qual urge evitá-la.

Mudanças sempre obedecem a leis. Na natureza, as mudanças obedecem a leis inscritas no código genético dos seres, a leis inexoráveis, embora não

⁴² O que significa *reformular*? Etimologicamente, o vocábulo compõe-se do prefixo *re* acrescido da raiz derivante *forma*. Sabe-se que a *forma* de algo significa o seu estado, a sua apresentação, a sua configuração. O prefixo *re*, na língua pátria, tem sentido genérico de *repetição*; *intensidade*; *movimento para trás*; *reciprocidade*. No vocábulo *re-forma* o prefixo tem o sentido de “*atenção à forma com vistas à sua alteração*; *com vistas a formar de novo, imprimindo, assim, idéia de mudança, de retorno à forma de algo com vistas a refazê-la*. Assim, *reformas* são *mudanças de forma, simplesmente*. Portanto, impõe-se afastar, de plano, a preconcebida idéia de que o ato de reformar seja, em si mesmo, algo bom e que, portanto, a reforma do Estado o seria. *Poderá* até sê-lo, mas não fatidicamente. O *ato de reformar ou mudar a forma de algo* não contém, *intrinsecamente*, qualquer juízo de valor, não autorizando sê-lo, *de per si*, bom ou ruim.

plenamente imutáveis. Assim, mudam-se as estações, alteram-se os organismos e por aí vai... tudo evolui, tudo muda, *tudo corre*, novamente com Heráclito.

Contudo, no universo da cultura humana não se muda ao acaso.⁴³ Toda alteração obedece a valores, de modo que *a toda estética preexiste uma ética*, uma preordenação axiológica. Vale dizer: a natureza humana comporta, além de mudanças naturais, *mudanças culturais* as quais se orientam por valores, juízos e opções, de sorte que as reformas não defluem do acaso, não são neutras, mas derivam de concretos e objetivos posicionamentos político-governamentais. É justamente por essa razão que a reforma do Estado e da Administração precisa ser perscrutada quanto aos fins, quanto à destinação eleita pelo reformador ao imprimir mudanças na feição estatal. Quanto a essa importante questão, boa parte da doutrina nacional - com evidentes exceções - tem-se limitado a explicar o funcionamento técnico daqueles aspectos reformadores até agora realizados, muito pouco se dedicando à reflexão acerca de sua direção, sua real importância para a sociedade, ou seja, sobre os seus fins. Portanto, parafraseando o pensamento marxiano, talvez haja chegado o momento de não apenas explicá-la, mas, sobretudo de pensar a sua transformação.⁴⁴

⁴³ A vida das organizações pulsa mediante a vida das pessoas que nela atuam. Por isso, é impossível conceber qualquer mudança no âmbito da Administração Pública que prescindida da adesão dos agentes públicos. Adesão que aqui se toma não no sentido de mecânica aplicação de técnicas e recursos administrativos, mas no sentido dinâmico, de ação que atualiza e transforma a realidade organizacional haja vista que o administrar marca-se pela flexibilidade, pela mutabilidade racionalmente gerenciada, o que lhe difere do ineficiente *mudancismo*, do *mudar por mudar*, empiricamente, sem saber de onde e para onde se muda.

⁴⁴ Marx, pugnando a adoção de *práxis revolucionária* transformadora da sociedade dirige, nas *Teses contra Feuerbach (Ad Feuerbach)*, severa crítica à abstratividade da filosofia que tendia a ignorar o

4.4.2- O servidor e os aspectos de pseudo-legitimação da reforma

Nos tempos atuais, nenhuma organização permanece indiferente à sua imagem pública pela elementar razão de que sua sobrevivência está a depender, como nunca, de sua reputação social. Tal preocupação - que até poucas décadas caracterizava apenas a iniciativa privada - hoje é igualmente presente nas instituições públicas. Não por acaso que a reforma administrativa fez-se preceder – e acompanhar - de significativa e tendenciosa depreciação da qualidade da organização pública e de seus serviços. Estabelecidas, desnudadas e, em muitos casos, superdimensionadas as suas insuficiências, pretendia-se obter a necessária legitimidade social capaz de justificar as mudanças.

Ofuscando a visão dos estruturais desafios administrativos na gestão de pessoal, não é incomum que sejam buscados pseudo-argumentos com vistas alterar o *status* jurídico-administrativo dos servidores. Um dos mais corriqueiros deles consiste em depreciar a qualidade ou a eficiência das ações desenvolvidas pelo servidor, certamente, uma das maiores falácias do discurso reformador.

A experiência cotidiana permite afirmar que a imagem socialmente difundida sobre os serviços e os servidores públicos não é das mais positivas. Quanto

hontem enquanto produto da complexa teia de relações sociais. Ao cabo de suas onze teses contra as falhas do pensamento materialista – sintetizadas, para ele, no pensamento de Feuerbach – pontifica: “ Os filósofos se limitaram a *interpretar* o mundo diferentemente, cabe *transformá-lo*”. In: MARX, Carl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. BRUNI, José Carlos *et al.* 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 53.

aos servidores, basicamente por *duas* razões fundamentais: a) ora são qualificados de categoria privilegiada, b) ora são utilizados como variável administrativa expiatória da crônica má gestão governamental.

Pela primeira visão, a negativização da imagem do servidor público ocorre mediante a sua genérica identificação com a posse de indevidas vantagens, prerrogativas e direitos não estendidos à diversidade de categorias de trabalhadores, de modo a serem vistos como uma categoria *privilegiada*. As explicações para tal visão são diversas e englobam ideologias distintas. Destaque-se que os promotores de tal visão confundem, intencionalmente, *peculiaridade* com *privilégio*. As regras contidas no ordenamento garantem *diferenças* no tratamento aos servidores em face dos demais trabalhadores, o que ocorre mediante a *estatutarização* da relação laboral dos primeiros em face da *contratualização* dos segundos. E, se diferenciações estabeleceu o legislador, fê-lo por *qualificar e distinguir a natureza da atividade* desenvolvida no setor público em contraste com a atividade típica do setor privado.⁴⁵ As distinções feitas pelo legislador visaram a proteger a atuação do servidor em face de desmandos praticados na Administração Pública nacional, tendo em vista perenizar a prestação de atividades essenciais à comunidade.⁴⁶

⁴⁵ A respeito das distinções estabelecidas pelo regime do serviço público veja-se o exposto no item 2, do capítulo 5.

⁴⁶ Note-se que a relação jurídica travada entre servidor e Administração pode abranger tanto as *espécies estatutárias*, em que a lei é a vontade definidora, formadora, alteradora e extintora do vínculo jurídico existente entre ambos, como também as *espécies contratuais*, em que o contrato compõe e unifica as vontades do servidor e da Administração. A respeito, vide MOREIRA NETO, 2000, p. 276.

Pela segunda visão, pretende-se **ocultar** inequívoco e fundamental *fator histórico* cuja explicitação exporia a crônica, secular e estrutural deficiência estatal na prestação de serviços públicos: o descompasso existente entre a *oferta* e a *demand*a por serviços - como a prestação jurisdicional, o serviço sanitário, educacional, de segurança e previdência, dentre outros. A morosidade ou a insuficiência na prestação dessas atividades decorre de variados fatores, de modo a soar risivelmente ingênuo atribuir-se tal descompasso à ineficiência do servidor, a *face estatal* que justamente aparece diante da sociedade e que, por isso, absorve o coro indignado dos cidadãos utentes das prestações públicas.

Ademais, corroborando o afirmado, fora justamente o reconhecimento, pelo Estado, da incapacidade em prover prestações como saúde e educação que o compelira a *compartilhá-las* com o setor privado, na tentativa de assim ampliar o universo de seus beneficiários. Mais ainda: é justamente a robustez histórica do referido descompasso que explica o fato de que, desde os idos coloniais até o atual período republicano, a oferta dessas prestações públicas ainda constitui discursos-chave propulsores de campanhas eleitorais. Veja-se o substancial paradoxo: a (antiga) ausência do Estado é que legitima a sua (nova) auserificação.⁴⁷ Em face dessa realidade, não é possível consentir na dissimulação dos seculares desvios e abusos administrativos por meio da

⁴⁷ Apenas para ilustrar, rememore-se que o relativo sucesso político de Vargas nos anos 40 fundou-se na adoção de inteligente *marketing* político intitulado *queremismo*, via do qual ele se apresentava como o candidato que proveria ampla assistência social, médica, educacional, segurança e trabalho às massas trabalhadoras. Diante da ameaça representada pelos opositores, criou-se e se difundiu a idéia que “o povo” *queria* a continuidade de Vargas no poder. Veja que até agora, a descalçada proposição de “*educação, saúde, segurança e etc para todos*” é vazio clichê que ainda atrai a incautos, os quais, em face da realidade nacional, não são tão poucos...

eleição de variáveis expiatórias justificadoras ou legitimadoras da ineficiência estatal, como ocorre com a genérica e simplista arguição da ineficiência do servidor.

Ora, não se pode ignorar as múltiplas e complexas variáveis históricas que há muito vêm moldando as características do atual estágio da Administração Pública brasileira. Como neste trabalho se viu, a ineficiência administrativa é produto de raízes históricas e, também, reflexo do tratamento dado por sucessivos – e maus - governantes à máquina pública: no aspecto externo, a adoção de políticas econômicas entreguistas e dependentes do capitalismo internacional e, no aspecto interno, por meio da expropriação da capacidade estatal mediante práticas administrativas empíricas, clientelistas, de favorecimento a grupos e a obscuros interesses.⁴⁸

Contudo, de um modo geral, e muito ao contrário do que apregoam aqueles reformistas mais afoitos, a realidade cotidiana do servidor revela a antítese da idéia do privilégio: ciosidade e sacrifício no desempenho do cargo. Em amplíssima maioria, zelam no cumprimento de suas funções, mesmo em face

⁴⁸ Contudo, se diferenças há no tratamento do servidor que são legítimas, porquanto encontrem razão de ser, outras, contudo, quando submissas ao jugo de princípios como da legitimidade, da razoabilidade e da moralidade administrativa, manifestam-se irrazoáveis, social e moralmente insustentáveis, sem símile no setor privado. A manutenção, por exemplo, do benefício férias-prêmio. *Premiar* alguém pelo cumprimento de um essencial dever - o da assiduidade - é um paradoxo insustentável sob qualquer prisma, seja moral, econômico ou político. Igualmente paradoxal era ainda o fato de se permitir, até o advento da EC n 20, art.40, § 10, a majoração ficta de períodos não trabalhados para fins de aposentação. Em ilustração a gastos legais, porém de duvidosa legitimação, tenha-se ainda a comuníssima situação de acumulação de vantagens remuneratórias, cuja realidade já havia impelido o constituinte de 1988 a instituir no artigo 37, inciso XIV, da Constituição, a proibição de não serem os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores, *sob o mesmo título ou idêntico fundamento*. Esse texto foi depois alterado pela EC n.19/98, com vistas a não permitir acumulação em geral *de qualquer vantagem* sobre outra, tendo-se excluída a expressão final do dispositivo anterior “sob mesmo título e idêntico fundamento”.

de severa desprofissionalização ou proletarização de seus encargos públicos. Diz-se em sua *"ampla totalidade"* porque seria ingênuo velar a existência de vícios na interioridade da organização administrativa estatal, uma vez que todas as organizações procuram guardar os seus cadáveres no armário pelo fato de conviverem, todas, – pelo menos por algum tempo – com indivíduos detentores de conduta indefensável e maculadora da imagem institucional.⁴⁹ É o que sucede, por exemplo, quando a Administração depara-se com servidores desinteressados em aprimorar sua qualificação, ou com outros que descumprem as normas pertinentes à função, que faltam à ética, que são ineptos, etc. Entretanto, curioso fenômeno – e bastante singular à organização pública - é que diante da indolência desses servidores quase sempre prevalece a insustentável condescendência dos agentes responsáveis pela *disciplina da eficiência*, posto que, a despeito da indesejada conduta, costumam repousar imunes nos quadros administrativos.

Enfim, as considerações até aqui feitas, associadas àquelas que seguem nos capítulos seguintes, pretendem contribuir para evitar grotescas generalizações quanto à avaliação da qualidade profissional dos servidores. Por isso é que se sugerirá no capítulo quinto, no qual se analisa a proposição de lei instituidora da avaliação de desempenho, a necessidade de se perquirir sobre as *múltiplas* variáveis interferentes sobre o desempenho do serviço público objetivamente

⁴⁹ Não há consentir com a distorção da realidade da Administração Pública. Os vícios que nela existem não significam impossibilidade de transformação ou aproximação a um ideal administrativo com assento na moralidade e na eficiência. Importa, especificamente, resistir àqueles que pretendem generalizar a existência dos vícios no seio do funcionalismo estendendo-os em identificação à toda a categoria dos servidores. Ora, entre os desvios pontualmente existentes e a sua universalização há significativa distância, a qual muitas vezes é ilusoriamente encurtada pelos arautos do desmantelamento do serviço público.

considerado, e não apenas em sua **prestação ou operação pelo servidor**. Uma vez que a prestação do serviço constitui realidade complexa, cuja qualidade de resultados, como em toda organização, resulta do somatório de plúrimas variáveis - tal como recursos materiais, humanos, políticas de gestão e remuneração – seria insustentável qualificá-lo com base numa ou outra variável apenas, investigando-se, *e.g.*, tão-só os agentes que o materializam. Assim, um modelo de avaliação de desempenho que se pretenda real e verdadeiro (chamado no capítulo quarto de *avaliação transformativa*) deverá considerar todos os elementos circundantes do desempenho profissional, conforme nesse trabalho ainda se exporá.

4.4.3-O itinerário reformador

O recente projeto de modernização do Estado consubstanciou-se primeiramente no intitulado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, aprovado em 1995. Tal documento, ao projetar novo cenário político-administrativo nacional, já antevia dificuldades a serem enfrentadas na implantação do novo modelo causadas, sobretudo, pelo “retrocesso burocrático” propiciado pela Carta de 1988 que estendera “para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado”. Com essa visão, a partir de 1990, em oposição ao clássico modelo burocrático e conservador, o Governo Federal⁵⁰ apresentou uma série de

⁵⁰ Conforme Bresser Pereira os delineamentos da nova Administração Pública se traduziram em: 1- descentralização, do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; 2- descentralização administrativa, através da delegação de autoridade aos

mudanças tendentes a transformar o Estado burocrático em gerencial, mudanças materializadas em três pilares:

- 1- na gestão por resultados;
- 2- na formação de parcerias com a iniciativa privada;
- 3- na descentralização de atividades não exclusivas do Estado, atribuindo-se a quem melhor desempenha o desempenho de funções essenciais ou próprias; as demais atividades foram orientadas ao desempenho pelo setor público não estatal, e a produção de bens e serviços ao mercado, ao setor privado.

Quanto à *descentralização das atividades* tidas como não exclusivas do Estado, a reforma veio re-estabelecer nova hierarquia das funções do Estado, de modo a maximizar algumas atividades em face de outras, reforçando, assim, as chamadas "atividades precípuas do Estado". Desse modo, a setorização do Estado Gerencial passou a compreender: a) o setor estratégico; b) o setor de atividades exclusivas; c) de atividades não exclusivas; d) o setor privado.⁵¹

administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos; 3- organizações baseadas em relações menos hierarquizadas, mais coordenadas e menos subordinadas; 4- fundamento em confiança – e não desconfiança total – nos agentes públicos; 5- instituição do controle administrativo processual, a posteriori, em substituição ao controle rígido, estanque, passo a passo e no abandono da gestão autocêntrica e hermética, orientando-se a gestão aos resultados e às necessidades do cidadão. BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2 ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 243.

⁵¹ Traduzida tal setorização, por exemplo, para a realidade do ente público municipal, o primeiro setor, intitulado de estratégico, compreende o desempenho de atividades de planejamento, de formulação e controle das políticas públicas locais, quer no âmbito do Poder Legislativo, quer no Executivo. O segundo reporta-se àquelas atividades constitucionalmente atribuídas ao poder estatal, tais como o exercício do poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar as atividades sócio-econômicas, tal como ocorre na cobrança e fiscalização de impostos, na fiscalização do cumprimento de normas sanitárias e de uso e ocupação do solo, bem como no subsídio ao ensino fundamental, entre outros. Já o terceiro, concernente ao setor de serviços não exclusivos, refere-se à atuação supletiva do Estado nalgumas atividades que abrigam *interesses públicos* ou de relevância social ou referentes aos direitos fundamentais da cidadania.

Note-se que a tentativa de se implantar a *gestão por resultados* é a prova mais contundente da incapacidade gerencial do Estado, porque a ela subjaz a convicção de que o Estado é operacionalmente ineficiente, incapaz. E a crença que sustenta tal tentativa é a de que, transferindo-se atribuições e recursos a particulares, ou instituindo-se métodos gerenciais privados na esfera pública, aí sim, se obterá a eficiência no agir da Administração Pública. Com apoio nesse dogma, novas regras foram introduzidas na gestão da *res publica*, tal como aquelas atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro, às despesas com pessoal, à avaliação de resultados, dentre outras, substituindo-se o controle imediato pelo controle finalístico da ação administrativa.

À similaridade dos modelos importados, espera-se concretizar a *formação de parcerias contratuais* entre a Administração e o setor privado, entre aquela e as entidades da Administração indireta (as agências executivas) e, ainda, entre dirigentes de órgãos da própria Administração direta. Por meio dos chamados *contratos de gestão* o Estado subsidiará ações de particulares na prestação de atividades ou serviços sociais de relevo. Para tanto, o particular e o poder público *contratam* objetivos estratégicos, metas e indicadores de desempenho tendo em vista o controle ou a gerência do contrato.⁵²

Exemplificam tal setor atividades como a saúde e a educação, nas quais o Estado com frequência aparece na assunção de escolas, universidades e centros de pesquisa, muito embora para a sua prestação também concorra a iniciativa privada. No último setor, relativo às atividades econômicas, estão as atividades tornadas próprias da iniciativa privada, de modo que se o Estado ainda nelas aparece é porque assumira tal encargo noutra contexto histórico quando as políticas oficiais indicavam como necessária a sua presença nas mesmas.

⁵² Segundo Di Pietro, “o objetivo a ser alcançado pelos contratos de gestão é o de conceder maior autonomia à entidade da Administração indireta ou ao órgão da Administração Direta de modo a permitir a consecução de metas a serem alcançadas no prazo definido em contrato”. A sua previsão é expressa no art. 37, § 8º da CR. Para a professora tais contratos têm seu núcleo na autonomia gerencial, no

Sumariamente, o itinerário percorrido pela reforma do Estado brasileiro pode ser colocado do seguinte modo:

- a) - na edição do Decreto-lei 200/67, cujas premissas perseguiram maior eficiência no agir estatal;
- b)- na eliminação dos entraves constitucionais ao capital estrangeiro, suprimindo-se a idéia de empresa brasileira de capital nacional e as vantagens que lhes eram concedidas no regime anterior à EC n. 06;
- c) - na flexibilização dos monopólios estatais, como sucedeu na prestação de serviços de gás, telecomunicações e exploração de petróleo, através das EC n. 05, 07, 08 e 09/95, todas voltadas a instituir concorrência na prestação de serviços ou exploração de atividades outrora monopolizadas pelo Estado;
- d)- no lançamento, ainda no ano de 1979, e por decreto, do Programa Nacional de Desburocratização; após, na criação do Conselho Interministerial de Privatização, em 1985, tornado, três anos depois, Conselho Federal; e, enfim, na consolidação do processo desburocratizante mediante a edição do Programa Nacional de Desestatização, Lei n. 8031/90, depois substituída pela Lei n. 9.491/97.⁵³

cumprimento de metas e no controle de resultados. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo:Atlas, 1999, p. 282.

⁵³ Destaque-se que essa última produziu significativo impacto na onda reformadora, haja vista a latitude do juízo político-discricionário nela previsto quanto à avaliação do que deveria ou não ser desestatizado, do que seria ou não atividade de prestação devida pelo Estado. O art. 1º, inciso I, dessa lei dispunha como primeiro de seus objetivos a alteração da posição estatal em face da economia, “transferindo à iniciativa privada *atividades indevidamente exploradas pelo setor público*”. No dispositivo seguinte, previa serem desestatizáveis os serviços públicos passíveis de concessão, permissão ou autorização. A vacuidade das expressões contidas no referido diploma, tal como a expressão “*atividades indevidamente exploradas pelo Estado*” ou, ainda, “*atividades em que a presença do Estado seja fundamental*”, permitiu ao governo interpretá-las acorde opções políticas, quicá técnicas, porém despidas de qualquer participação da sociedade quanto aos seus anseios no que concerne ao *lugar*, ao *modo* e ao *tempo* da presença ou ausência do Estado. Desse modo, a desestatização operou-se de duas formas básicas: pela alienação ao setor privado de empresas estatais prestadoras de serviços ou exploradoras de atividades econômicas - as

e) na alteração do modo de intervenção estatal no domínio econômico. Doutrinariamente, a atuação direta do Estado na economia manifestava-se sob duas formas: a) *excepcionalmente*, na exploração de atividade econômica, só que, nesse caso, devendo atender à expressa necessidade de segurança nacional ou a relevante interesse público; b) na prestação de serviços públicos, de modo direto ou, indiretamente, mediante a sua descentralização a entes criados para tanto. A partir da reforma, visando a ausentificar-se ainda mais, o Estado, almejando a participação de particulares na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas, deixou paulatinamente de atribuí-los às pessoas jurídicas da Administração indireta, fazendo editar as leis reguladoras das Concessões e Permissões, Lei n. 8.987/95 e Lei n. 9.074/95, respectivamente, pelas quais o Estado delegou a particulares a prestação de variadas atividades públicas.

f) em conseqüência da ampliação do processo de transferência de atividades ao setor privado, foram criadas, a partir de 1996, as Agências Reguladoras – Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, Lei n. 9.427/96, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei n. 9.472/97, e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, Lei n. 9.478/97, além das chamadas Agências Executivas. As Agências, também chamadas autarquias especiais, foram municiadas de substancial autonomia financeira, técnica e gerencial (caso do “*mandato a termo*” do seu dirigente) em face do Poder Executivo, tudo com vistas ao exercício imparcial do múnus fiscalizatório e regularizador daquelas

chamadas empresas “Brás”, Eletrobrás, Siderbrás, Nuclebrás, além de outras como a Usiminas e a Companhia Vale do Rio Doce - e pela intensificação dos mecanismos de concessão e permissão da prestação de serviços que, embora titularizados pelo Estado, passaram a ser ofertadas por particulares.

incumbências delegadas.⁵⁴ Quanto às Agências Executivas ou Autônomas (à similaridade do existente no modelo inglês) tratam-se de autarquias ou fundações públicas que, através de decreto presidencial específico, recebem o qualificativo *executivas ou autônomas* vindo, então, atuar em atividades próprias do Estado⁵⁵ mediante a firmação de *contratos de gestão* com o respectivo Ministério supervisor.

g) no surgimento das *Organizações Sociais* (Lei n. 9.637/98), qualificativo dado a qualquer entidade privada, sem fins lucrativos, que venha celebrar contrato de gestão com o Poder Público para prestar serviços na esfera social – a lei permite serviços na esfera do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ambiental, cultura e saúde.

A ratificação de todo o processar da reforma veio, porém, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, cujas linhas mestras alteraram as relações entre o *Estado e a sociedade*, entre o

⁵⁴ Sem prejuízo de outras, as funções das Agências podem ser resumidas nos seguintes: emissão de regras de funcionamento e fiscalização do respectivo setor de atuação; zelo pelo controle de tarifas de modo a manter equilibrado o interesse do prestador com a necessidade social do serviço prestado; promoção da universalização dos serviços; fiscalização do cumprimento dos contratos e a execução dos serviços prestados e atuação mediadora nos conflitos havidos entre interesses do concedente, do concessionário e dos usuários.

⁵⁵ Entende-se por atividades exclusivas aquelas impassíveis de delegação a particulares por compreenderem políticas públicas a serem desenvolvidas na prestação de certos serviços e na execução de determinadas atividades. Tenha-se a atividade de arrecadação de tributos, a promoção da seguridade social, a regulamentação de mercados e a fiscalização do cumprimento de determinações legais, a atividade legislativa, judiciária, a segurança pública e a educação fundamental. Quanto à possibilidade de vir a Administração *contratar* consigo mesma (tal como ocorre com o contrato de gestão celebrado com as Organizações Sociais e com as Agências) muitas são as críticas doutrinárias. Celso Antônio Bandeira de Melo, por exemplo, condena como impossível, desnecessário e de extrema atecnia o fato de se preconizar contratos auto-referidos da Administração. Segundo ele, até que se edite a lei reportada no § 8º do art. 37 da Constituição, que ampliará o controle dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, não poderá mero instrumento contratual ampliar limites da lei, vez que se assim fosse estar-se-ia a legislar o Poder Executivo, mediante mencionados contratos, conduta que o ordenamento repele. Prossigue aduzindo não haver sentido a Administração contratar o que por lei (haja vista o conteúdo do Decreto-lei 200/67) sempre lhe foi possível exigir dos entes descentralizados. Ademais, revela-se de todo impossível o autocontrato na ordem jurídica. O magistério de Di Pietro (1999:283) adota idêntica posição.

Estado e seus agentes, vale dizer: consolidou a prestação de serviços públicos por particulares e disciplinou o exercício da função pública mediante critérios de controle de resultados, de eficiência e efetividade. Dentre as alterações introduzidas, afora algumas acima mencionadas e outras que escapam ao objeto específico desse trabalho, importa resumir as seguintes:

a) a imperiosidade de se promover a **eficiência** no serviço público, elevando tal conceito à categoria de princípio jurídico constitucional, inserto no *caput* do art. 37 da Carta de 1988, ao lado de demais princípios regentes da atuação administrativa;

b) a alteração no inciso II do artigo 37 da Carta Magna, nele mantendo-se o princípio do concurso público para investidura em cargos ou empregos públicos, porém inovando-se no que diz respeito à liberdade para instituição de critérios (*de lege ferenda*) relativos à avaliação dos postulantes ao serviço público, critérios que devem ser acordes à natureza e à complexidade do cargo ou emprego ocupado;⁵⁶

⁵⁶ Destaque-se, nesse particular, que o constituinte de 1988 pretendeu evitar os abusos cometidos no passado por força da redação do § 1º, do art. 97 da Carta anterior, a qual dispunha sobre a realização de concurso apenas para a *primeira* investidura em cargo público, sugerindo, ademais, liberalidade na contratação de empregados. Dessa forma, sucedia que, uma vez investido o servidor no cargo primitivo, a ele *se permitia* locomover-se nos quadros da Administração ocupando funções e cargos para cujo desempenho não havia sido meritoriamente avaliado, resultando, no que se convencionou chamar na linguagem administrativa, no *provimento derivado*. (Note-se que a crítica de dirige à espécie de provimento derivado intitulada acesso, não às demais espécies lícitas e presentes no Estatuto Federal). Hoje, por força da evolução doutrinária e constitucional, não se permite qualquer forma de burla ao sistema de mérito adotado na realização do certame público, razão pela qual alguns doutrinadores elevam à categoria axiológico-normativa de princípio a questão do concurso: o *princípio do concurso público*. A respeito, Alexandre de Moraes, com forte em Sérgio de Andréa Ferreira, assevera que a “absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese da primeira investidura em cargos, empregos e funções públicas, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses transformação de cargos e à transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas, ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais ele foi legitimamente admitido”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 152. Já outros juristas defendem a flexibilização da rígida colocação de pessoal

c) a ampliação do período do estágio probatório de dois para três anos, instituindo-se a obrigatoriedade de *avaliação especial de desempenho* como requisito indispensável para aquisição da estabilidade, arts. 41, *caput* e § 4º. Inovou, ademais, ao flexibilizar a rigidez do instituto da estabilidade dispondo, para tanto, no inciso III do referido artigo, sobre a ***perda do cargo em função de insuficiência de desempenho*** a ser apurada mediante processo de avaliação periódica de desempenho cujo projeto de lei tramita no Congresso Nacional, classificada no Senado sob o n. 248/98, Projeto de Lei Complementar;

d) a limitação no gasto de despesas com pessoal, por meio de *gestão financeira eficiente e responsável*, a ser praticada através de *planejamento, limites e controle* das despesas com pessoal, conforme disposto na Constituição, artigo 169, § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º. As medidas exoneratórias de pessoal foram regulamentadas pela Lei n. 9.801/99, que dispõe sobre critérios e procedimentos para a exoneração em face de excesso de despesas com pessoal, em estreita atenção aos limites contidos no art. 23 da Lei n. 101 de 04.05.2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo a Constituição, art. 169, § 3º, I e II, a demissão dos servidores estáveis será precedida de obrigatória redução do percentual de 20% das despesas com cargos em

dentro dos quadros administrativos. Trata-se, por exemplo, da posição adotada pelo professor Vicente de Paula Mendes (vertida em lições ministradas no curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais) para quem a regrada locomoção do servidor nos quadros administrativos – e não apenas no próprio cargo - se erigiria como mecanismo de valorização de pessoal, bem ainda de consumação do princípio da eficiência. Ensina que a impossibilidade de elevar-se, de “progredir” dentro do serviço público acaba exaurindo a motivação daquele servidor que, ao longo dos anos, aprimorou os seus conhecimentos, adquiriu nova formação e que, ainda assim, não encontra possibilidade de melhoria qualitativa de seu *status* funcional. Criar condições de sofrer desse crescimento profissional seria tarefa a ser promovida pela Administração, pelo que teria que abandonar a imobilidade ou fixidez que marca o exercício do cargo público. Trata-se, como se vê, de visão profundamente razoável, embora de complexa operação, vez que a mobilidade de pessoal precisará ser *ordenada* ao entorno da avaliação do mérito e do planejamento racional.

comissão e funções de confiança e, após, a exoneração dos servidores não-estáveis.

e) na hipótese de extinção de cargos, a colocação do servidor em disponibilidade remunerada, com *vencimento proporcional* ao tempo trabalhado;

f) a obrigatoriedade de que a contraprestação devida a membro de Poder, detentor de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais dê-se exclusivamente por subsídio (art. 39, § 4º, CR), facultando-se, porém, a extensão da remuneração pela parcela única ou subsídio aos servidores organizados em carreira (art. 39, § 8º). Ademais, introduziu-se o dever da publicidade anual relativa aos valores de subsídios e remuneração devidos a todos os agentes públicos;

g) a necessidade de se editar *lei específica* para fixação de subsídios e remuneração dos integrantes das atividades estatais, (não mais se permitindo que deputados e senadores majorem seus vencimentos mediante decreto legislativo), assegurando-se, ainda, revisão geral anual, em mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X);

h) a previsão da criação de um teto vencimental válido para todos setores da Administração Pública nacional cuja referência será o subsídio mensal percebido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

i) a definição, em lei complementar, das chamadas *atividades exclusivas de Estado* contidas no PLC n. 43/00. Grosso modo, o projeto elege como atividades típicas do Estado as relativas à prestação da justiça, à segurança pública, à fiscalização e arrecadação de tributos, às atividades de controle estatal interno e externo, entre outras;

j) a inovação quanto aos regimes jurídicos capazes de estruturar a relação da Administração com seus agentes, pondo fim à controvérsia acerca da (equivocada) obrigatoriedade da adoção de um único regime jurídico-administrativo, permitindo-se, então, a contratação segundo as regras do Decreto-lei n. 5.452, de 01.05.1943, Consolidação das Leis do Trabalho, paralelamente ao regime estatutário;

l) a atribuição de importância à necessidade de se promover *gestão de recursos humanos* de forma eficiente no serviço público. Para tanto, a Constituição previu, no art. 39, *caput*, a criação de Conselhos de Política de Administração e Remuneração de Pessoal substituindo-se, então, a solitária previsão anterior da criação de planos de carreira. Tudo indica que a intenção legislativa fora criar eficientes e participativos mecanismos de gestão de pessoal, de modo a formar novos perfis profissionais e remuneratórios, ou seja, baseados nas peculiaridades das atividades e na aferição de desempenho - art. 39, §§ 1º e 2º, c/c 37, § 3º, I, II e III, e § 8º II; e art. art. 41, III.

m) por último, no que diz respeito às relações econômico-sociais vinculadas direta ou indiretamente ao Estado, foram promovidas alterações no § 8º do art. 37 as quais introduziram maior autonomização gerencial, administrativa e financeira aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta. Doravante, eles disporão de mecanismos contratuais potencialmente aptos a aprimorar o desempenho administrativo. Ademais, várias outras medidas foram adotadas com vistas a atingir o desiderato da **eficiência e eficácia** das ações administrativas, tais como a nova redação dada ao inciso XXVII, art. 22 e ao § 1º do art. 73 da Constituição, além da cooperatividade intergovernamental a ser

buscada através da gestão associativa de serviços públicos, conforme preconizado no art. 241 da Constituição da República.

5- Conclusão

As considerações finais, acordes ao conteúdo interdisciplinar dado ao capítulo, precisam necessariamente conter fecho de natureza vária, ou seja, sociológica, política e jurídica.

Diz-se que a reforma estatal emerge das pressões do mundo globalizado, movido pela frieza da lógica mercatorial. Ademais, a ligeiras leituras feitas sobre a sociedade mundial indicam que a “vaga globalizatória” que assola o planeta a todos se imporá em inexorável predestinação da humanidade.

Sem nuclear à “profecia” contida na asserção, urge dedicar-se ao escopo deste trabalho vindo logo a afirmar a *inequívoca realidade* de um mundo ora bastante complexo e que, por força de **variáveis historicamente determináveis**, impõe efetivos condicionamentos ao Estado, sobretudo àqueles menos desenvolvidos.

Não há como negar que o elástico das fronteiras econômicas e culturais está a produzir novas exigências a que o Estado, o Direito e a Administração Pública precisam corresponder. Igualmente, não se olvide a dificuldade estatal por contornar as pressões sobre si exercidas. Efetivamente, o Estado ora tateia

no afã de conciliar a meta da modernização à imprescindível autonomia político-governamental.

Fruto de necessidades internas e amplas pressões externas, a *reforma do Estado e da Administração* em muitos aspectos é ainda vir-a-ser, de modo que está, nesse exato momento, a ebulir no imenso caldeirão nacional de realidades e diversidades sociais, geográficas, econômicas e políticas, razão pela qual a sua aparência não se deixa desvelar ao todo. De fato, desde a promulgação da Constituição, em 1988, foram editadas quarenta e seis Emendas Constitucionais, podendo-se afirmar que o processo constituinte outrora *deflagrado* ainda está a se processar. Por tal razão, toda tentativa lógico-discursiva acerca da mesma enreda-se necessariamente na contingencialidade.

De todo modo, novas idéias começam a povoar o ambiente institucional público. E, a julgar pelo conjunto das idéias disseminadas, espera-se que os agentes públicos venham exercer novos papéis redesenhados conforme a lógica gerencial e em expressa renúncia àqueles planejamentos herméticos e infecundos praticados e amados pela velha burocracia. Na realidade, deseja-se que toda a Administração venha orientar-se pela *contratualização* de suas relações com vistas a atingir a eficiência prevista nos *novos manuais administrativos*. Nessa direção, dentro das novas referências, algumas funções estatais ganharam relevo, o chamado núcleo estratégico do Estado, ao passo que outras, por desempenharem serviços de interesse público, tiveram a sua

execução dirigida a particulares sob a “vigilância” do Estado que privatizou a sua execução, *publicizando, porém*, o seu controle.

Ainda no terreno administrativo, os ventos reformadores também produziram a assunção da prestação de atividades de interesse público – ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ambiental, cultura e saúde - pelas emergentes organizações sociais, entes de natureza privada, que, associados ao Estado, compartilham o exercício da atividade de fomento até então exclusivamente estatal.

Em função de ser a reforma um movimento de natureza essencialmente política impõe tecer importante conclusão de cunho jurídico-político: a eficácia da reforma administrativa requer **ampla reforma do Estado**, aspecto de que pouco se cogita. Menosprezar tal advertência significará reconhecer que o Estado atua por frações, por compartimentos estanques, isolados e desintegrados, entendimento que limitaria a “especialização funcional” dos poderes republicanos à estéril autoctonia. Dito noutros termos, a “tripartição” dos poderes republicanos somente adquire sentido quando voltada à eficácia-eficiência de cada qual, de sorte que *uma Administração eficiente precisa e requer uma legislação eficiente, uma juris-dicção eficiente, um controle social igualmente eficiente*. Assim, pouca valia terá reformar a Administração sem que se altere, também, a forma (de composição) do Legislativo, a forma (de atuação) do Judiciário e a forma de participação social na condução do Estado.

A despeito da cogente inspiração do Estado Democrático de Direito, ainda se vive em pleno formalismo democrático. Radicalizando posição, poder-se-á dizer que a igualdade formal é controversível, ao passo que a material inexistente. Por isso, quanto aos aspectos políticos da reforma estatal, impõe-se que, ao lado da reforma da Administração, seja feita ampla reforma do poder, da democracia, do Estado.

Referidas reformas caminham, porém, a passos lentos porque esbarram em contundentes interesses corporativos e continuístas. Seus opositores defendem a desnecessidade de apressá-las porque o Estado brasileiro já se encontraria a romper caminhos que inaugurariam a sua *maturidade ou maioridade democrática*. Desta feita, assim como na aventura de Ulisses, a mágica canção da igualdade liberal persiste encantando gerações, haja vista que a “*igualdade de oportunidades* seria a mesma para todos e que, portanto, os *desequilíbrios democráticos* não brotariam das desigualdades sociais, mas da incapacidade individual ou coletiva...”

Argumentos como esses ainda entorpecem as mentes dos incautos. Seduzem porque há apenas poucas décadas vivia-se no país a realidade do voto censitário e masculino e, há pouco mais de cem anos, tinha-se firme a escravidão e *consentidas* outras formas de segregação social. Na realidade, os partidários da tese da *tese da jovialidade democrática* pretendem lançar para o futuro, *ad infinitum*, a ampla reforma do aparelho estatal pela elementar razão de que não se ocupam, melhor, não se *preocupam* em propiciar condições materiais mínimas ao exercício de uma ***democracia razoável***.

Por *democracia razoável* entenda-se aquela em que se oportuniza aos sujeitos a indispensável **autonomia** no debate de seus destinos, de suas singulares vidas e dos rumos de seu país. E a autonomia somente se adquire quando facultado o gozo dos direitos sociais. Ora, sem emprego, sem moradia e sem alimentação é impossível exercitar direitos políticos e civis. Nesse sentido, a efetivação de uma *democracia razoável* requerer mínima equalização das condições materiais e culturais de sobrevivência, vez que não há possibilidade de *democracia razoavelmente justa* num contexto em que escasseiam elementares situações de igualação social e política. E, conseqüentemente, não havendo como proliferar autêntica oposição de idéias ou o dissenso, ou inexistentes *materiais* possibilidades de confrontação, do vir-a-ser, do surgimento do novo, **não há como afirmar o que é**, ou seja, não há como se sustentar a *democracia real*, razão pela qual sobrevive cambaleante a histórica democracia pátria.

Enfim, como visto neste capítulo, a sociedade brasileira vive ao cansaço de, em pleno século XXI, ainda assistir à força do coronelismo político alavancando candidaturas e projetando governantes mediante o rotineiro abuso de poder e a mercantilização de votos. Ademais, não são poucos os agentes públicos, governantes, legisladores, julgadores e outros que, em aberta transgressão ao princípio da moralidade e da eficiência administrativa, e apesar dos mecanismos judiciais de controle do poder estatal, tratam ainda a *res publica* acorde à sua solitária e caprichosa consciência. Esses, como vários outros, são sintomas que evidenciam a vitalidade de muitas dinastias políticas as quais se mantêm confortadas pela culturalização da corrupção, pela morosidade na

prestação jurisdicional e pela limitação do controle jurisdicional da Administração Pública.

Encerrando, como bem o dissera o constitucionalista José Afonso da Silva, tal estado de coisas *avilta a própria Constituição, estruturada ao epíteto da democracia*. Por tudo isso, a reforma do Estado deverá consumir o ideal da eficiência e da modernidade sem agressão aos áureos princípios da *democracia social* e da *dignidade da pessoa humana* axiomas erigidos no preâmbulo da Carta Magna e que sustentam a própria existência estatal.

2 – DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO

1- Introdução

Como anteriormente se assentou, avaliar desempenho envolve avaliar pessoas, **cultura**, estruturas, recursos, enfim, vasta gama de elementos influentes ou determinantes do desempenho. Portanto, afastando-se o reducionismo do paradigma economicista, neste trabalho se recorrerá às contribuições da Administração⁵⁷, da Sociologia das profissões, da Filosofia e da Antropologia, saberes, esses, elucidativos da ação dos sujeitos que militam na Administração Pública. Tal somatório de esforços convergirá à compreensão da complexa tarefa da **avaliação de desempenho**.

Uma vez que as considerações propriamente jurídicas acerca do comando da eficiência acham-se contidas nos capítulos seguintes, aqui serão tratados os elementos técnico-administrativos emprestados da *Administração* os quais se referem ao *conceito técnico da eficiência*.

⁵⁷ Atente-se para o fato de que neste, e nos demais capítulos, as referências feitas à *Administração* (sem o qualificativo *pública*) reportam-se à Administração enquanto ciência autônoma ao Direito, como ramo do conhecimento destinado ao estudo da gênese, da estrutura e do funcionamento das organizações em geral. Anote-se que no passado se atribuía elevada importância aos estudos não jurídicos da Administração Pública, de sorte que a expressão *ciência da Administração* referenciava-se às interfaces havidas entre as técnicas de administração e as técnicas jurídicas. Segundo informam Meirelles (1996:34) e Medauar (1999:40), os cursos jurídicos do país e do exterior continham em seus programas cátedras especialmente dedicadas a tal integração as quais eram denominadas “Direito administrativo e ciência da Administração”. A retomada do estudo dos elementos administrativos localizados no seio do Estado veio readquirir importância com o advento do *Welfare State* do pós Segunda Guerra, vez que o *grande Estado* precisava ser bem administrado. Atualmente, a retomada da importância dos estudos não jurídicos da Administração Pública decorre da reforma gerencial e nasce motivada por razões contrárias às anteriormente existentes. Antes, a interface se impôs em função do *Estado Máximo*, ora emerge orientado para o *Estado Mínimo*.

Nessa direção, visando a facilitar a percepção das circunstâncias que determinam a obtenção da eficiência no serviço público, neste segundo capítulo da dissertação serão expendidas brevíssimas considerações sobre complexidade mundial e institucional, sobre interdisciplinaridade e Direito Administrativo, além de outros fatores determinantes e coadjuvantes da empreitada da eficiência administrativa.

Alerte-se que a predominância dos aspectos *administrativos* na abordagem que se fará pretende tão-somente despertar os gestores públicos para o reconhecimento da interdisciplinaridade que marca a vida da Administração Pública em geral e a avaliação de desempenho, em especial.

2- Complexidade social e atualização do Direito

A Administração Pública não pode ignorar o tempo em que vive. Um tempo regido ao signo da mudança, marcado por intenso dinamismo em todas as esferas da conduta humana, um tempo que persiste na senda traçada pela filosofia heracliteana.

Alguns administradores qualificam a sociedade atual pelo atributo da informação e da velocidade nas transações humanas. Na *knowledge society*⁵⁸, como a chamam, novos papéis se impõem à vida das organizações,

⁵⁸ O consultor organizacional Drucker (1989:56) utiliza a expressão *knowledge society* em referência à atual etapa evolutiva da sociedade. Para ele, a humanidade vem evoluindo num *continuum* baseado na cognição e na comunicação. Da sociedade primitiva à sociedade agrícola e dessa à industrial, vive-se agora um tempo marcado pela *sociedade da informação* em que sujeitos, organizações e países, atados pelo fio do conhecimento e da informação, tendem a se manter sempre mais interdependentes.

razão pela qual elas necessitam valorizar novos perfis profissionais que sejam capazes de usufruir novos conhecimentos e que saibam conviver com mudanças ambientais.

Efetivamente, a Administração Pública não está – como jamais esteve – imune aos desafios da complexidade⁵⁹ imposta pela sociedade contemporânea. Complexidade que não deve ser concebida negativamente, como fator desagregador do sistema jurídico, mas, ao contrário, precisa ser vista como indispensável elemento propulsor do dinamismo da vida jurídico-administrativa. Na realidade, *a complexidade é ineliminável porque é imanente ao mundo, é vir-a-ser da sociedade. E é justamente mediante as interações comunicativas efetuadas entre sistema-ambiente, ou seja, entre o sistema jurídico-administrativo e os demais sistemas sócio-políticos e econômicos, que se torna possível rearticular, e aprimorar, os métodos de gestão interna da res publica.*

Como conclusão, ora é impossível aprisionar a realidade em velhas molduras conceituais as quais tendem a ser essencialmente transitórias e insuficientes. Desse modo, a humanidade precisa aprender a conviver e a administrar a novidade. A denominada *era da incerteza* impõe às instituições, aí a instituição

⁵⁹ O termo complexidade é desenvolvido na *Teoria dos Sistemas* efetuada pelo sociólogo alemão Niklas Luhman. Para ele, a sociedade moderna marca-se pelos atributos *complexidade* e *diferenciação funcional*, de modo que o ambiente (o mundo) abriga múltiplas possibilidades de vivências e ações. Sua teoria ensina que compete aos vários sistemas sociais, como o Direito, reduzir a complexidade do ambiente abrigando-a (a complexidade) em seu interior mediante sua elaboração por códigos e operações peculiares a cada sistema. Para Luhman, o conhecimento da realidade que se efetua no diálogo mundo-sistemas – esses, abertos cognitivamente ao ambiente, porém fechados operativamente com vistas a processar as informações recebidas – brota do reconhecimento das relações havidas entre as diferenças, de modo que “conhecer é relacionar”. Assim, somente por meio das relações é que se obtém o conhecimento que brota da *identificação da diferença*. Eis aí o paradoxo: *a identidade está, pois, na diferença*. O paradoxo em Luhman é fundamental. Permite a especialização e o aprimoramento dos sistemas. Vide, ainda a respeito da teoria luhmaniana, também a nota n. 63, adiante.

pública, a lição de que é preciso *aprender a aprender* para sobreviver em novas e desafiadoras realidades.

3- Novos paradigmas sociais e a *interdisciplinaridade* do Direito

Contrariando as premissas da ciência aristotélica, a ciência moderna - acorde aos paradigmas científico-racionalistas e ao impulso da sistemática desconfiança sobre as evidências da experiência – criou nova concepção do conhecimento. Assim, na modernidade, o conhecer tornou-se ato de um sujeito observador e metodologicamente externo ao mundo. Um sujeito que observa, mensura e quantifica porque se acreditava que “o rigor científico era obtido pelo rigor da medição”. Fruto dessa visão de mundo, o novo paradigma despreocupou-se com as *qualidades* intrínsecas dos objetos para dedicar atenção às *quantidades* nos quais eventualmente pudessem ser traduzidos. Essa metodologia cartesiana buscou reduzir a substancial complexidade do mundo a partir do dogma de que “o conhecer importa em *dividir, classificar* para, depois, *determinar relações* sistemáticas entre o que se decompôs”.

Assim, a ciência moderna brotou das cinzas de um mundo que se organizava por um paradigma totalizante, abarcativo, vindo a inaugurar retalhos epistemológicos sobre a realidade humana. Operou a delimitação e a especialização da realidade, feita em compartimentos, em parcelas. A partir desse cenário surgiram a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia e, dentre outras, o Direito.

Contudo, o tempo viria demonstrar o esgotamento da perspectiva científica moderna, desnudando a insuficiência do seu paradigma. A contemporaneidade tem procurado resgatar a interdisciplinaridade de conhecimentos, a *visão holística*⁶⁰ do real como condição fundamental ao conhecimento-ação, postura a que não pode escapar as ciências sociais aplicadas, como o Direito.

Rompido o paradigma compartimentalista típico da ciência moderna, o mundo contemporâneo caracteriza-se pelo intercâmbio, pela reciprocidade que decorre da interface com os vários saberes, marca-se, enfim, pela **interdisciplinaridade**⁶¹ ditada pelos imperativos de complexa, múltipla e eclética realidade.

Efetivamente, em face da complexificação mundial tornou-se indispensável pensar holisticamente os fenômenos, embora se manifestem ao nível regional ou local. Desse modo, também ao cientista social não mais se permite olhar a

⁶⁰ O vocábulo holismo, de raiz grega, *holos*, tem sentido de *completo, todo, inteiro*. O termo é geralmente usado no sentido de força ou princípio unificador, porém dele aqui se utiliza no sentido de busca de inteligência do todo que, por sua vez, é muito mais que a simples soma das partes que o compõem. O todo se acha embutido nas partes e essas no todo, de modo que parte-todo são reciprocamente influentes e essencialmente conexos.

⁶¹ Sob a perspectiva epistemológica, a interdisciplinaridade é método de pesquisa ou investigação que se baseia na interação de duas ou mais disciplinas. Quanto à *extensão*, a interdisciplinaridade pode decorrer da simples comunicação de idéias ou ainda da integração recíproca de conhecimentos, finalidades, objetivos, conceitos, conteúdos, terminologias, procedimentos, dados e formas de organização e sistematização de saberes e conhecimentos. No presente trabalho, a adoção da interdisciplinaridade emerge de uma *necessidade* e de uma *opção política*. Necessidade, porque imposta pela complexa sociedade atual, que obriga ao intérprete do mundo, e do Direito, a socorrer-se do instrumental de outros saberes; é opção política porque se baseia na reunião de variadas contribuições de demais ciências com vistas à produção de sínteses voltadas à compreensão da realidade e à interação *transformadora* sobre ela. Ilustram a cogência da atividade interdisciplinar os fatos ditados pela realidade. Na esfera jurídica, a globalização das trocas econômicas, ora processadas no espaço-tempo virtual, as pesquisas biotecnológicas e a possibilidade da clonagem humana, bem ainda as melindrosas relações geopolíticas internacionais e seus reflexos sobre os direitos humanos são, dentre outros, recentes fenômenos que desafiam a capacidade regulatória e harmonizadora do Direito. Nesse cenário, todo o processar dessa ciência – desde a sua gênese legislativa, à sua aplicação administrativa e à garantia judicial de sua efetividade – reclama dinamismo, pena de tornar-se ciência anacrônica e inoperante.

realidade sob ótica enclausurada, pena de inapreendê-la em sua intrincada manifestação. Na criação, aplicação e interpretação do Direito impõe aos juristas abandonarem antigos postulados positivistas.⁶² Aliás, em marcante posição, chegam algumas correntes alternativas a pugnar a pacificação social até mesmo ao arrepio da lei. Quanto à criação do Direito, e especificamente no campo do Direito Administrativo, como indica Moreira Neto (2002:51), a atividade administrativa, porque desenvolvida em tantos e tão variados setores, demanda ampla gama de conhecimentos técnicos especializados, de modo que a edição de muitas leis administrativas surge com apoio em conhecimentos obtidos junto a diversificadas ciências naturais e humanas.

De fato, na esfera das ciências sócio-culturais a interdisciplinaridade afirma-se como condição essencialmente jurígena. Conforme diz Miguel Reale, a norma jurídica resulta da combinação tensional entre fato e valor, de modo que o fenômeno jurídico abarca necessariamente a síntese dos valores mais relevantes presentes na ordem social. Então o Direito, diversamente das ciências físico-matemáticas, é ciência cultural que envolve e materializa juízos de valor, voltando-se a adequar meios e fins da convivência humana. Assim, o Direito abebera-se do contributo de demais ciências culturais como a Sociologia, a Economia e a História e, a partir das apreciações ou valorações

⁶² Para ilustrar tais ponderações, rememore-se que há cerca de meio século a medicina prosseguia ignorando os efeitos psíquicos sobre o organismo humano (a intitulada medicina psicossomática), ao passo que, na ciência jurídica, rezavam convictos os juristas a liturgia positivista que identificava o Direito à lei. Cria a medicina que elementos anímicos, de ordem interna ou psíquica eram incapazes de interferir na sanidade do *organismo*, concebido como *parte* autônoma, como uma máquina movida por uma lógica mecânica, portanto, incólume aos efeitos do *psiquismo*. Por sua vez, acreditavam os juristas numa ciência jurídica asséptica e divorciada dos multifários fatores nomogenéticos, de modo que a aplicação literal da lei, em adequada elaboração silogística e subjuntiva, seria bastante para atualizar o Direito e a Justiça. Felizmente, hoje não mais se creê assim. A propósito do assunto, vide também capítulo 3, item 2 e ss.

delas decorrentes, o legislador-político projeta normas, “sancionando as que considera devam ser obedecidas”. Como diz Reale (1999:29), “quando uma lei cultural envolve uma tomada de posição perante a realidade, *implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento*, temos propriamente o que se denomina *regra ou norma*”.

Emerge, pois, o Direito da tríade fato, valor e norma. É ciência amalgamada no seio da realidade e dos axiomas morais nela vigentes. Entretanto, embora nasça o Direito ao influxo dos apelativos sociais, políticos e econômicos, uma vez emerso, mantém-se vocacionado aos seus aspectos marcantes e especificadores, tal como o conteúdo ordenador e sancionatório que lhe peculiariza, constituindo-se autônomo “*sistema social*”.⁶³

A par de tais considerações, é possível entender a propalada reforma administrativa como sendo a aproximação das pressões da sociedade e da economia mundiais sobre o Estado, donde a estreiteza da relação entre Direito, Sociologia, Ciência Política e Teoria da Democracia, por exemplo. Enfim, aos

⁶³ Trata-se de conceito também emprestado à *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhman. Rompendo com os paradigmas sociológicos convencionais e com a lógica clássica (que, grosso modo, concebe a realidade como o somatório das partes sociais), a Teoria dos Sistemas defende que a realidade paradoxal. É ser e não-ser ao mesmo tempo, ou seja, forma-se da relação sistema-ambiente, de modo que a *diferença* é que constitui a identidade do ser. Essa teoria sustenta-se nalguns conceitos-chave tal como *complexidade, autopoiese, sistema e ambiente*, entre outros. A concepção luhmaniana da sociedade moderna é de que ela se compõe de vários sistemas – como o sistema da Moral, da Economia, da Política, etc - de sorte que a hipercomplexificação da sociedade acarreta o surgimento de múltiplos sistemas sociais parciais. O Direito constitui um desses sistemas a correlacionar-se com os demais. É um sistema que é aberto cognitivamente ao ambiente (a tudo o que o circunda e dele difere), sendo, ao mesmo tempo, fechado em suas operações, ou seja, capaz de funcionar ou operar segundo o *código* que lhe é próprio. Nessa visão, o Direito constitui importante mecanismo de redução da complexidade social contemporânea a partir da estruturação das *expectativas normativas* da sociedade, ou seja, na medida em que oferta respostas *jurídicas* aos anseios da sociedade. LUHMAN, Niklas. *Sociologia do direito I*. São Paulo: Biblioteca tempo Universitário, 1983. CORSI, Giancarlo et al. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana, Anthropos, México, 1996.

apelativos da complexidade social a Administração Pública e o Direito Administrativo precisam corresponder vez que não há como o Direito e as instituições administrativas imunizarem-se diante dos acontecimentos e das pressões oriundas do meio sócio-cultural.⁶⁴

4- Direito Administrativo e Administração

A interdisciplinaridade que marca o Direito Administrativo emerge com acentuada nitidez nas relações que estabelece com a *Administração*. Composta de elementos *técnico-administrativos* e *técnico-jurídicos*, (tal como a idéia da **eficiência**), a Administração Pública precisa alargar esse histórico diálogo, razão que explica as considerações que seguem.

Como disse Menegale há quase cinco décadas, *historicamente é concebível Estado sem legislação, mas sem administração não existe Estado (...) de forma que, cronologicamente, a legislação se estrutura por sobre, mas não acima do plano da administração. Como se vê, a administração é elemento primordial à*

⁶⁴ Essa dinâmica vem sendo redescoberta pelo constitucionalismo estrangeiro e nacional. No direito alemão, pelas idéias de Konrad Hesse e Peter Häberle. No Brasil, pelo labor, entre outros, de José Afonso da Silva (que inclusive faz coro com Hesse às críticas ao sociologismo lassaliano – Silva (2001:35)) e Paulo Bonavides. Tais autores sublinham que sob o manto constitucional habitam difusos interesses sociais, políticos e econômicos, haja vista ser o Texto Maior cunhado no embate de forças “democraticamente” atuantes na sociedade. Dizia Ruy Barbosa, na lembrança de José Afonso da Silva, “as constituições são conseqüências da irresistível evolução econômica do mundo” e, acerca dos laços entre Ciência Política e Direito leciona José Afonso da Silva, abeberando-se de lições de demais juristas, que a Constituição “não há de ser considerada no seu aspecto normativo, como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo fático e sentido axiológico”. Silva (2001:26). Já Bonavides (1993:378), discorrendo sobre os fundamentos principiológicos constitucionais, aduz que erra o jurista (puro) quando interpreta a norma constitucional desmembrando-a de seu manancial político e ideológico. Para ele, os princípios constitucionais “outra não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição” os quais, juridicizados, brotam das necessidades sociais “donde continuam a receber inspiração, calor e vida”.

vida estatal, de sorte que os métodos e técnicas do administrar constituem-lhe elementos fundantes.

A expressão *ciência da Administração* é de longa data objeto de debates no direito nacional e no estrangeiro. Para alguns, sobretudo para a doutrina italiana, a Ciência da Administração foi tratada como mera teoria geral da organização e da atividade administrativa; outros pretenderam sê-la ciência administrativa dedicada apenas aos aspectos políticos e sociais, cindindo-a dos elementos propriamente jurídicos os quais quedariam excluídos de sua apreciação. Ainda para outros, a ciência da Administração deveria deter-se ao estudo da face política da função administrativa, ou, então, objetivar apenas o estudo dos meios utilizados pelo Estado para obtenção de seus fins. Segundo Menegale (1950:12), a ciência da Administração não possuía elementos suficientes a imprimir-lhe *status* de ciência, pelo que seria disciplina meramente explicativa do funcionamento da Administração Pública.

Se a controvérsia supra há muito perdeu o interesse - não fazendo sentido aprofundá-la - o mesmo não se pode dizer quanto às interfaces do Direito Administrativo com os amplos conhecimentos e técnicas da (ciência da) *Administração*. Confirmando a pertinência dessa relação, tenha-se o magistério de Odete Medauar:

“... outros fatores reforçam o interesse pela ciência da Administração: maior intercâmbio entre Administração e sociedade; preocupação com eficiência da atividade administrativa; todo um movimento internacional de

humanização das relações entre Administração e indivíduos; necessidade de reduzir a burocratização, para introduzir flexibilidade, descentralização e práticas democráticas. Daí a indiscutível necessidade e oportunidade dos estudos não jurídicos da Administração, realizados principalmente pela ciência da Administração Pública, para que melhor se possa conhecê-la. A *ciência da Administração Pública* ocupa-se, portanto, de aspectos não normativos da atividade desse setor estatal. Por exemplo: modo de organização; técnicas de seleção e treinamento de pessoal; métodos de comunicação interna; **técnicas de avaliação de desempenho do pessoal**, etc". Medauar (1999:40). (g.n).

De fato, o Estado, em todas as suas versões, seja **liberal**, **social** ou **gerencial**, sempre se socorreu das contribuições da Administração. No primeiro modelo, delas sorveu espelhando-se no setor privado (que adota na literalidade as referidas contribuições) e com vistas a livrar-se de suas atividades. No segundo modelo, e de modo oposto, delas se aproveitou para agilizar a prestação de tantas e tamanhas atividades assumidas. Agora, no terceiro, busca, ao adotá-las, minimizar a sua presença na sociedade, tornando a prestação das atividades em si remanescentes ágil, dinâmica e eficiente, aspecto que o aproxima da primeira versão (liberal), donde o qualificativo *Estado neoliberal*.

4.1- O elemento *Direito* na Administração

Importa, inicialmente, apropriar-se da idéia contida na expressão *Direito Administrativo*, cunhada para demonstrar a especialidade desse ramo em face do conceito genérico de Direito.

A análise meramente formal, vernacular, demonstra tratar-se de expressão linguística na qual conjuga-se o substantivo *direito* ao adjetivo *administrativo*, de sorte que esse, dentro de sua função essencialmente qualificadora, individualiza e imprime especial qualidade à idéia central expressa no substantivo *direito*. Portanto, tratam-se de duas realidades técnicas que, agregadas, resultam num modo próprio de operação e regulação das atividades do Estado: *as normas que regulamentam a organização administrativa do Estado*, a Administração Pública, chamado *Direito Administrativo*. Portanto, pelo vocábulo *direito* contido na expressão deve-se entender *o conjunto sistemático de regras e princípios jurídicos que orientam as ações ou procedimentos internos e externos da Administração na gestão dos interesses (Administração) confiados pela sociedade aos dirigentes político- governamentais*.

Diz Menegale, que “do complexo da atividade do Estado, se destaca uma *administração* (coordenação e aplicação dos meios econômicos) e, do conjunto do direito estatal, se destaca um *direito administrativo* (limite jurídico a essa atividade ordenadora e utilizadora dos meios econômicos)”. Para esse autor, o que caracteriza a Administração enquanto técnica

“... é a ordenação e utilização dos meios de que o Estado dispõe para satisfação de seus fins. A essa ordenação e utilização, todavia, como funções sociais que são, cumpre dar limite jurídico. Completa-se a administração quando dos dois elementos, o econômico e o jurídico, se encontram. É aí que surge uma *teoria da administração*, cujo objeto é o direito administrativo”. E adiante, “ na própria administração, insere-se um elemento político; a escolha, pelo administrador, entre tantos que dispõe, dos meios mais adequados a atingir, em determinada direção, os fins do Estado. Para realizar os atos de aspecto administrativo, o governo, embora com maior mobilidade na determinação dos meios, atua administrativamente, por meio de órgãos administrativos. A ordem jurídica, fim do Estado, é assegurada por via da administração, utilizando-se do seu aparelhamento.”E ainda:“ a Constituição organiza um plano de atividades do Estado. Para executá-lo, apresenta-se a ciência da administração – que é, como vimos, uma ciência de ação direta; até aqui, não cabe ainda o direito administrativo intervir. Para reger juridicamente as relações decorrentes da aplicação da ciência administrativa é que o direito administrativo, ciência de procedimento jurídico, se apresentará”. Menegale (1953:52).

4.2- O elemento *Administração*.

Em que consiste o ato de administrar? Administrar significa atuar por métodos. E método significa caminho, *meio* ou instrumento eleito como adequado à satisfação de certos fins propugnados. Em sentido amplo, o ato de

administração compreende toda e qualquer atividade empreendida pelo homem, singular ou coletivamente, com vistas a alcançar determinados fins.

Para Stoner *et al.* (1982:5) a administração é "*processo de planejar, organizar, liderar e controlar o trabalho dos membros da organização e de usar todos os recursos disponíveis da organização para alcançar os objetivos estabelecidos.*

Desenvolvendo os conceitos aí contidos, por *processo* há que se entender o modo sistemático de fazer coisas e o *planejar* como atitude de pensar antecipadamente objetivos e ações de um empreendimento com base *em algum método, plano ou lógica*, e não em singelas opiniões. Já *organizar* tem sentido de colocar em ordem, direcionando o trabalho, a autoridade e os recursos entre os membros de uma organização, de modo que eles possam alcançar eficientemente os objetivos propostos. Por sua vez, o termo *liderar* traduz a idéia de dirigir, influenciar e motivar os empregados a realizar tarefas essenciais. Impende sublinhar que enquanto o *planejar* e *organizar* envolve os aspectos abstratos do processo administrativo, a atividade de *liderança* envolve as ações concretas dos liderados no seio da organização. Por último, o ato de **controle** revela que o administrador *deve certificar-se de que os atos dos membros da organização levam-na de fato em direção aos objetivos estabelecidos, o que deve ser feito de modo sistemático, permanente e constante.*

Aplicando tais conceitos ao tema destacado neste trabalho, destaque-se que todas essas etapas terão suma importância na **administração** da avaliação de

desempenho do servidor. Pelo *planejar* se cuidará de criar e difundir a *missão* da Administração Pública a qual informará os padrões de desempenho a serem perseguidos pelos servidores. Pela ação de *organizar* se deverá estruturar o serviço e distribuir as competências e atribuições de modo a tornar concreta aquela missão institucional. Dito noutros termos, pelo elemento organização serão especificadas as amplas metas projetadas pela Administração, ao passo que pelo *liderar e controlar* serão concretizadas aquelas ações dinamizadoras da busca da eficiência administrativa, dentre elas, e de modo especial, as **ações de controle do desempenho** dos servidores.⁶⁵

Há que reiterar que todas as quatro etapas do *método administrativo* (planejar, organizar, liderar e controlar) possuem indisfarçável importância, de modo que do *planejar ao controlar* todas elas devem ser criteriosamente perseguidas pelo administrador público, cuja inobservância poderá comprometer o alcance dos resultados finais projetados. Explica-se: a focalização de apenas uma **ou** outra variável com frequência resulta em efeitos perversos à organização. Imagine-se, por exemplo, uma organização que planeje adequadamente as suas ações, porém as execute mal em função da ausência de lideranças capazes de coordenar o processo. Assim agindo, a eficiência do planejamento restará inócua por absoluta ausência de resultados. Tenha-se, ainda, uma outra hipótese em que dada instituição planeje, execute, porém **não avalie** o resultado alcançado. Sem avaliação, não conhecerá a eficiência (ou a

⁶⁵ No jargão técnico-administrativo, a ação de *controle* constitui-se de quatro ações básicas: 1- estabelecimento de padrões de desempenho; 2- medição do desempenho atual; 3- comparação do desempenho verificado com os novos padrões projetados; 4- implantação de ações corretivas em face de desvios eventualmente detectados. Tais ações serão oportunamente revisitadas e adequadamente aprofundadas no capítulo 5, em que se analisa o PLC n. 248/98.

deficiência) das atividades obtidas, sendo-lhe impossível corrigir eventuais distorções havidas no processar das mesmas com vistas a aprimorar os benefícios alcançados. Ou seja: sem avaliação a organização atuará cegamente, incapacitada de vislumbrar os próprios resultados, fadando-se à estagnação ou ao insucesso.

Portanto, na expressão Direito Administrativo o adjetivo "*administrativo*" reporta-se aos elementos de **planejamento, organização, liderança e controle** empreendidos pela Administração Pública, enquanto que o substantivo *Direito* refere-se aos balizamentos legais dentro dos quais tais elementos se desenvolverão. Assim, clarificados os conceitos de cada elemento da expressão, torna-se possível delimitar a inteligência do *Direito Administrativo* como sendo um *conjunto de princípios, regras, técnicas e procedimentos científicos de gestão instituídos e organizados por regras e princípios jurídicos, de modo a prover a gestão de interesses eleitos públicos, mediante a afetação de pessoas, órgãos e entidades*. Então, a materialidade desse conjunto de ações administrativas, voltadas à realização concreta dos fins do Estado, acha-se incumbida à Administração Pública.⁶⁶

⁶⁶ Como visto, há, pois, na locução "*Direito Administrativo*" a conjugação de elementos técnico-administrativos e elementos técnico-jurídicos. Os primeiros reportam-se aos métodos e técnicas de administração ou de gerência da organização pública, ao *know how* administrativo (*techné*, no grego), ou seja, aos elementos de gestão emprestados da Administração. Os segundos referem-se aos balizamentos, pela lei, da extensão e da profundidade da manipulação daqueles métodos, donde dizer-se que a Administração Pública ordena-se ou estrutura-se sob o primado da legalidade, perspectiva, essa, emprestada da Teoria Geral do Direito. Noutros termos: enquanto o conceito de *Administração* imprime ao Direito *character* de otimização quanto ao uso e gerência de recursos do Estado, o de *Direito*, por sua vez, imprime regras específicas e emanadas do próprio Estado, dentro das quais essa gestão será feita, donde se tem a conjugação de ambas as ciências, Administração e Direito. Destaque-se que a latitude ou a vacuidade de muitos conceitos emprestados à Administração encontra necessária elucidação nos limites impostos pelos princípios e regras jurídicas. Então, pela juridicização dos mesmos, eliminam-se eventuais desvios de sua aplicação na seara pública. Nesse sentido, categorias como **eficiência e eficácia** encontram subordinação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, e, sobretudo, ao primado do

5- A Administração Pública entre a eficácia e a eficiência de desempenho.

5.1- O conceito técnico-administrativo da eficácia e da eficiência

Eficácia e eficiência são dois conceitos caros ao Direito Administrativo atual, especificamente no que tange à avaliação de desempenho.

Desde logo, firme-se que a *eficiência* vincula-se aos *meios* da ação administrativa, a *eficácia* aos *fins*. É o que sugere os conceitos de *eficácia* e *eficiência* na visão do administrador Peter Drucker, evocado por Stoner, para quem *eficiência* consiste em *como fazer certo as coisas*, e *eficácia* em *como fazer a coisa certa*. Literalmente:

"... a *eficiência* é um conceito de *insumo-produto*. Um administrador eficiente é aquele que obtém produtos, ou resultados, à altura dos insumos (trabalho, materiais e tempo) usados para alcançá-los. Para ele, os administradores que conseguem minimizar o custo dos recursos necessários para se alcançar os objetivos agem com eficiência". Já a *eficácia* implica escolher os objetivos certos, ou seja, adequados às necessidades contemporâneas. E acrescenta: "um administrador que seleciona um objetivo inadequado é um administrador ineficaz, mesmo que o objetivo seja alcançado com o máximo de eficiência".⁶⁷

interesse público, de modo que jamais poderão ser inteligidas como categorias autônomas ao Direito Público, adotadas como fins em si. A propósito, vide item n. 5.2 seguinte.

Porque há em geral grande apelo nas organizações a focar a eficiência ao invés da eficácia, muitas vezes segue a Administração Pública fazendo o que sequer deveria ser feito. Por isso, importa primeiro buscar a eficácia antes de ocupar-se com a eficiência, porque antes de *fazer a coisa certa*, é preciso *descobrir a coisa certa a fazer*⁶⁸. À ótica do citado autor, o que prioritariamente importa a uma organização consiste em saber "onde chegar" ou "o que fazer", para, somente após, determinar o "como fazer" ou "como chegar". Então, primeiro é preciso projetar a missão ou fins institucionais para, após, eleger-se os meios mais eficientes para atingir o projeto.

Na Administração Pública, pela *eficácia* se verificará a efetividade dos resultados por ela projetados. Já a adoção da *eficiência* perquirirá sobre como se está a atingir tais resultados, ou seja, a que custo se obtém a eficácia administrativa, de modo que, em primeira mão, pela eficiência se estará a

⁶⁷ DRUCKER, Peter F. *The Effective Executive*. Nova Iorque: Harper & Row, 1967, apud STONER, James Arthur; FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Tradução de Alves Calado. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1995.

⁶⁸ Note-se que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, ao categorizar as atividades do Estado em atividades estratégicas, exclusivas, não exclusivas e a produção de bens e serviços raciocinou em termos do critério *eficácia*, com vistas a avaliar **em que** o Estado deverá gastar as suas *energias*. Acorde a esse critério, optou-se (politicamente) por rejeitar a presença direta do ente estatal na esfera da produção e da economia. Assim, mediante ampla política de privatização, o Estado se liberou das empresas estatais. Entretanto, uma questão lateja e precisa ser posta: terão as privatizações produzido maior **eficiência** à atuação estatal? Terão importado em ganhos reais e futuros para a nação? Dentre os mais contumazes críticos do processo de privatização está Aloysio Biondi, jornalista econômico, em cujo livretinho aponta fatos, dados e situações que contrariam os defensores da *lógica da privatização*. BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado – um balanço do desmonte do Estado*. Editora Fundação Perseu Abramo, 5ª ed. 1999. Ainda na crítica do modo de processar as privatizações, a mídia também divulgou escandalosas corruptelas havidas em variadas transações. Vide a respeito, Revista *Época*, n.º 208, de 13 de maio de 2002 e Revista *Isto É*, n.º 1763, de 16 de julho de 2003, p. 60. De todo modo, a quebra dos monopólios ainda não se materializou em maior eficiência estatal aos olhos da população. E mais: muitos dos serviços delegados ainda estão restritos a certas regiões e camadas sociais, portanto inacessíveis à grande parcela da sociedade. Não bastasse, mesmo aqueles que usufruem dos serviços delegados têm arcado com altas elevações tarifárias, sinalizando, também por isso, certa inoperância das Agências Reguladoras.

verificar a rentabilidade da ação administrativa sob o prisma meramente econômico.

Ainda acerca da distinção entre os dois conceitos, Aguilar e Ander-Egg lecionam que

“A efetividade ou eficácia refere-se ao grau em que foram alcançadas as metas e objetivos propostos mediante a realização de atividades e tarefas programadas. Trata-se de medir o produto final que resulta da realização do programa ou projeto avaliado. Isto é, comprovar até que ponto foram produzidos os efeitos desejados.” Quanto à “eficiência ou rendimento, trata-se estabelecer os esforços ou insumos empregados e os resultados obtidos. Em outras palavras, consiste em determinar o índice de produtividade ou rentabilidade do programa relacionando: a) os bens e serviços finais (resultados obtidos), b) os insumos requeridos para sua obtenção (recursos utilizados). Enfim, resulta em medir “o custo pressuposto para a consecução de determinados efeitos, a fim de estabelecer o grau de rentabilidade ou aproveitamento de recursos, e até que ponto os gastos se justificam pelos resultados” Aguilar e Ander Egg (1995: 63).

5.2- O modelo de eficiência aplicável ao setor público

Como se depreende dos conceitos expostos, a meta da eficiência consiste afinal em gastar menos, obtendo melhores resultados ou benefícios: a célebre *equação custo-benefício*. Por sua vez, a aplicação dessa fórmula na esfera pública demanda responsabilidade social e não apenas responsabilidade técnica ou administrativa, a chamada responsabilidade fiscal. Noutros termos, ao se escudar o administrador público na eficiência administrativa, deverá sempre refletir sobre eficiência *em que, para que e para quem*. Isso porque no setor público não se justifica gastar menos, obtendo-se melhores resultados, ao sacrifício de legítimos interesses da coletividade, mormente daqueles estratos menos assistidos.

Destaque-se que a defesa desse ponto de vista não constitui juízo metajurídico ou de natureza meramente ética ou sociológica. Trata-se, antes, de prover efetividade jurídica aos **princípios fundamentais** da República brasileira, encartados no inciso III, do art. 1º, e incisos I, III e IV do art. 3º da Constituição.⁶⁹

⁶⁹ “Art 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

.....
 II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana.

Art. 2º- Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

.....
 III- **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”(g.n).

A menos que a positivação de tais fundamentos na Lei Maior tenha atendido à mera elegância vernacular, ou tenha-se prestado a demonstrar “ares” de modernidade política, a meta da eficiência, melhor, a aplicação do princípio da eficiência precisará, sempre e em todo caso, coadunar-se à força impositiva de demais comandos principiológicos constitucionalmente positivados, mormente àqueles chamados, e não por acaso, princípios *fundamentais*.⁷⁰

Observe-se que não se está a afastar a aplicação do desiderato contido na fórmula custo-benefício à esfera da Administração. O que se pretende é que na Administração do Estado tal conceito não venha ser canonicamente adotado. Vale dizer: se a *lex mercatoria* não pode orientar a formatação do serviço público, nele, porém, podem e devem ser aplicados alguns de seus mecanismos. Aliás, na Administração Pública a aplicação da fórmula custo-benefício encontrará imensa valia haja vista que o interesse público, justamente por esse qualificativo, requer acurado zelo na aplicação dos variados recursos que o Estado dispõe - recursos humanos, financeiros e operacionais. Ao aplicá-la e, assim, ampliar o universo dos beneficiários da ação estatal, o administrador público estará a servir ao ideal sócio-democrático. Entretanto, jamais se deverá perder de vista a apreciação ou a valoração elaborada pelo administrador público acerca do termo *resultados* ou *benefícios*

⁷⁰ A respeito da inédita positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Carta brasileira, sugere-se visitação de brilhante texto da professora Cármen Lúcia de Antunes Rocha intitulado *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, publicado na Revista de Interesse Público, n. 4, 1999, p. 23/48. Naquele texto, a professora critica as práticas econômicas que chama de “nazi-fascistas” as quais aviltam os direitos fundamentais mediante a substituição do Estado de Direito pelo não-Estado que se rege pelo “capitalismo canibalista”. Observe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, de berço filosófico, tem assento na Carta das Nações Unidas, de 1945, bem ainda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948. Tal princípio fora juridicamente reconhecido, pela primeira vez, no art. 1º da Lei Fundamental da República Alemã: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger”.

perseguidos. *Resultado*, na esfera pública, **jamais** poderá ter significado de rentabilidade econômica, de lucratividade em si, ou de lucro pelo lucro, haja vista que a lucratividade aí existente deve jungir-se àquilo que melhor atenda ao *interesse público*.⁷¹ Em ilustração dessa asserção, tenha-se a hipótese em que venha o interesse de certa comunidade recair sobre o controle e o combate a moléstia de risco social, como o é a dengue. Nessa situação, o administrador público não poderá olvidar a necessidade (interesse) de controle/combate da moléstia sob o argumento de sê-lo expensivo, bem como a pretexto de havê-lo contrastado a demais interesses concorrentes e igualmente legítimos, porém não reclamados naquele momento pela coletividade. Ademais, noutra situação, em sendo o tratamento de uma dada moléstia menos oneroso do que a sua profilaxia, jamais poderá o gestor público, movido pela frieza da lógica custo-benefício, preferir o seu tratamento à sua prevenção vindo, assim, a colocar em risco a saúde da comunidade. Também nesse caso, deverá promover ações de combate à moléstia ou adotar ações profiláticas dentro da mais estreita racionalidade e economicidade possível, não podendo, porém, jamais deixar de fazê-lo, posto que a vontade da Administração deve representar a legítima vontade dos administrados e não o inverso. Em suma: o paradigma da Administração Pública embora não seja, *como não é*, o da lucratividade, deve ser, portanto, o da *economicidade*.

⁷¹ Por força dos “novos tempos”, conhecidas categorias jurídicas - que já eram fluidas - adquiriram maior controversibilidade de conteúdo. Dentre tais, o conceito de *interesse público* que ora revela-se heterogêneo e de titularidade não exclusiva do Estado. Porém, como se verá ao longo deste trabalho, a extensão jurídico-conceitual da expressão deverá ser decotada da ordem jurídica vigente, cuja configuração, pugna-se, deve curvar-se aos clamores e anseios da totalidade social, pena de tornar-se categoria autoreferida e injusta porquanto divorciada do *ethos* que deve orientar a conduta político-administrativa.

Economizar para gastar melhor, ou seja, para atender com maior amplitude e qualidade os interesses socialmente reclamados.

Portanto, no setor público nem sempre prevalecerá a fórmula custo-benefício-eficiência. Em muitas ocasiões se imporá aplicar a fórmula custo-resultado-eficácia. Vale dizer: enquanto a análise custo-benefício (que norteia as ações e programas da iniciativa privada), apregoa que quando os custos superam os benefícios a ação administrativa deve ser rejeitada, na Administração Pública nem sempre programas ou ações podem ser avaliados sob tal crivo, haja vista que muitas vezes o atingimento de determinado resultado ou benefício (eficácia) deverá prevalecer em atenção a imperativos sociais ou políticos (logo, diversos do econômico) e independentemente do peso de seus custos (eficiência). Desse modo, à revelia de sua onerosidade (em que se ancora a idéia da eficiência), muitas vezes o que importará serão os efeitos, a *eficácia* da ação administrativa. Contudo, retenha-se, em nenhuma hipótese a substituição da fórmula da eficiência significará renúncia à economicidade e à razoabilidade do agir, posturas inafastáveis ao administrador público, de modo que a idéia que orienta a aplicação de uma ou outra é de *preponderância*, não de mútua exclusão.⁷²

⁷² Muitas são as situações em que a lógica do setor privado que se expressa na diretriz *eficiência* se inaplicará ao setor público. Tome-se outra situação paradigmática dessa inaplicação: qualquer programa público que vise a reduzir desigualdades sociais necessitará, para tanto, de implementar políticas de subsídios (como, aliás, tem ocorrido no subsídio dado pelo governo federal ao custo dos produtos da cesta básica). Ora, essa conduta administrativa (a oferta de subsídios) colide frontalmente com o ideal mercadológico da eficiência obstinado tão-somente na *redução de custos*. Porém, a adoção de subsídios é conduta fundamental que não poderá ser afastada, razão pela qual, uma vez mais, a aplicação da eficiência, tal como concebida na esfera particular, não encontra imediata aplicação no terreno público.

Ademais, importa considerar que o conceito de eficácia também precisa ser adequadamente dimensionado, porque, tal como a eficiência, eficácia não é conceito neutro, mas prende-se, novamente, a indagações do tipo eficácia *em que, para que e para quem*. Assim, pode acontecer que um programa ou ação tenha eficácia sem, contudo, agregar os melhores resultados ou trazer reais benefícios à coletividade. Tal situação terá lugar quando a eficácia (ou resultado) das ações administrativas se divorcia ou afasta dos anseios e necessidades da sociedade, autênticas titulares dos interesses geridos pela Administração. Eis: aí novamente a idéia de que antes de fazer certo a coisa (eficiência) é preciso fazer a coisa certa (eficácia-utilidade).

Enfim, o fator eficácia na Administração Pública precisará ser concebido na escuta e na ausculta da realidade social. *Escutar*, para distinguir as necessidades que brotam dos destinatários da ação governamental, e não da mente de um conjunto de tecnoburocratas encastelados numa repartição pública qualquer. *Auscultar*, para verificar as reais condições em que emergem as necessidades e se o modo de operacionalizar a ação governamental irá de fato ao encontro de sua solução.⁷³

Pela razão acima, o Estado não poderá erigir o primado do fim econômico sobre os demais, porque, se o fizer, estará literalmente *privatizar-se*, a legislar

⁷³ Situação típica da **ineficácia** da ação pública, e que precisa ser reorientada, ocorre quando o governo, a pretexto de resolver o grave problema da falta de habitação (resultado-eficácia desejada), promove programas de financiamento habitacional que, embora eficientes, são qualitativa e quantitativamente ineficazes porquanto se revelam inacessíveis às camadas mais pobres da sociedade, justamente aquelas mais necessitadas de inserção em programas dessa natureza. Nessa, como em outras atuações estatais, a **dimensão eficácia** precisa ser revista, redimensionada, pena de permanecerem insolúveis os problemas, quando amplamente considerados.

e a administrar para alguns, transformando-se num Estado Plutocrático, no qual os detentores de capital precederiam à imensa maioria da população.

A par do exposto, é possível concluir que a compreensão do princípio da eficiência, e seus correlatos, reporta-se:

a) à *ótima realização dos fins em todas as ações empreendidas pelo Estado*, à escolha da melhor - no que concerne ao elemento técnico, econômico e jurídico - entre as soluções possíveis;

b) à indagação acerca da legitimidade dos fins desejados pelo Estado, ou seja, sobre a **eficácia** da ação administrativo-estatal, com vistas a verificar se o que a Administração está a fazer é de fato o que se impõe que seja feito;

c) à celeridade na prestação da atividade administrativa, o que demanda rompimento com a burocratização de estruturas e procedimentos desnecessários ao satisfatório desempenho administrativo;

d) à universalização, qualificação e parceirização na prestação da atividade administrativa;

e) ao imprescindível controle periódico, técnico, objetivo e transparente de resultados através de ações aferidoras do desempenho individual, quiçá coletivo, dos agentes públicos.

Para concluir, oportunas são as lições de Menegale. Afirmava o enaltecido mestre que a razão da existência do Estado é a "satisfação de necessidades humanas" mediante o estabelecimento de uma ordem jurídica. A tal visão

impõe acrescentar, mesmo ao arripio de Kelsen⁷⁴, que a primordial vocação estatal está em promover uma *ordem jurídica justa*. Assim, a eficiência haverá que soerguer-se a serviço das pessoas, de sorte que tanto a eficiência quanto a eficácia das ações administrativas, conceitos caros à gestão empresarial, precisam ser adequadamente transplantados para o seio da Administração Pública, dada a peculiaridade dessa no mundo das modernas organizações.

⁷⁴ Segundo Kelsen, ao jurista não cabe indagar sobre o *conteúdo* da norma. Resta-lhe cuidar de sua aplicação e efetividade. Na obra *O problema da justiça*, Kelsen reafirma o *normativismo lógico* ao traçar minudentes digressões sobre o conceito de justiça. Ali procura demonstrar a insustentabilidade das variadas e conhecidas formulações do justo. Perpassando culturas antigas, o mundo greco-romano e a visão medieval-cristã, chega a analisar o moderno conceito marxiano de justiça, infirmando a todos. A problematização feita pelo autor auxilia a crítica de tão controverso conceito, aqui tomado, em opção pessoal, como sendo a submissão da ordem jurídica ao conjunto das necessidades inerentes ao homem, ou seja, justa é a ordem jurídica que atende ao homem todo - em suas dimensões biopsicossocial e religiosa - e a todos os homens, indistintamente. A respeito do autor citado, vide KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo, Martins Fontes.

3- PRINCIPIOLOGIA, FORMA E RE-FORMA DA ADMINISTRAÇÃO

1- Introdução

O exercício do controle dos atos administrativos é tema efervescente na doutrina administrativa e tem destacada importância quando se trata, especificamente, do controle do exercício do poder disciplinar cuja tortuosa história requer sejam feitas anotações sobre o lugar, a força e a função do princípio na vida jurídica e sua aplicação ao processo disciplinar de avaliação de desempenho.

Os princípios exercem papel estruturante da vida jurídico-administrativa estatal. Longe de se constituírem meras perorações de cunho moral, possuem *poder determinante* sobre a realidade, poder que se traduz, segundo Canotilho, em três aspectos básicos:

- a) **na fundamentação de pretensões em juízo administrativo ou judicial;**
- b) na limitação ao poder de reforma constitucional;
- c) na parametrização do juízo de constitucionalidade da ação.

Em face de sua amplitude e flexibilidade, os princípios impõem limites interpretativos máximos a quaisquer condutas dos agentes públicos. Assim, servindo como variado parâmetro ao agir administrativo, destacam-se como

elementos de controle da legalidade, da moralidade e da razoabilidade dos atos administrativos.⁷⁵

Como ao final deste capítulo se insistirá, o controle da ação administrativa é tarefa que deve transcender ao aspecto da legalidade, abarcando a variados outros elementos da epifania estatal. Esse controle deve amparar-se, inclusive, em *princípios técnicos* destilados da *Administração* (ciência autônoma ao Direito), tal como os princípios da *eficiência* e da *eficácia*.

Uma vez que o *controle do poder disciplinar da eficiência do desempenho* será tratado no sexto capítulo, aqui se abordará o arcabouço principiológico que informa o Estado e a Administração Pública e que oferta sustentação ao controle das ações administrativas.

2. Novas perspectivas de aplicação do Direito.

A influência do juspositivismo na cultura jurídica ocidental evidenciou-se no aforismo que dizia que aquele que irroga a proteção de princípios fá-lo porque não possui direito, identificando, assim, o Direito à lei. Em que pese a evolução

⁷⁵ Para J.J.Gomes Canotilho (1993) a dimensão determinante dos princípios manifesta-se em variadas situações, vez que os princípios são *multifuncionais*. Para ele, a cogência imediata dos mesmos pode ser aferida quando determinam a *criação* de atos jurídicos públicos (leis, sentenças e atos administrativos) os quais devem conformar-se à dimensão material dos princípios constitucionais. Funcionam ainda como *elementos de inteligência e aplicação do Direito* na medida que permitem apreender a *ratio legis* de uma disposição normativa, possibilitando aos aplicadores do Direito o desenvolvimento e a integração do mesmo. Funcionam, ademais, como *limites de avaliação da ação ou omissão do agente público*, tal como sucede, v.g., com o princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, CR), pelo qual se proíbe ao administrador adotar tratamentos desiguais e arbitrários, impondo-lhe, ao mesmo tempo, o dever de tratar com igualdade os direitos e interesses dos cidadãos mediante critérios uniformes de ponderação dos interesses públicos. Outra ilustração da eficácia material dos princípios pode ser encontrada na *proibição do excesso* que

social e científica da Ciência Jurídica - contemporaneamente mais afastada dos postulados legalistas e do processualismo hermético e autocêntrico - as clássicas teses positivistas, sobretudo as equiparadoras do Direito à lei, ainda muito influenciam as operações do sistema jurídico.

Fruto de conflitos entre poderes na França pós-revolucionária, em que o Judiciário se imiscuía nas querelas entre rei e Parlamento àquele “favorecendo”, o positivismo nasceu da necessidade de demarcar a fronteira da atuação judicial, vez que *interpretar a lei equivalia a corrompê-la*. Assim, durante séculos pugnou-se a identificação do Direito à lei, de sorte que ao aplicador do Direito, ao Estado-juiz, “boca muda que pronuncia as palavras da lei”, cabia apenas e tão-só operar a mecânica subsunção do fato à norma sob pena de, não o fazendo, subverter o comando normativo. Nessa esteira, a aplicação do Direito reduziu-se à mera atividade silogística, despida de ação criativa, quer pelo julgador, quer pelo administrador público, caracterizando-se, então, o estrito legalismo. Entretanto, ao influxo de novos tempos, essa realidade veio alterando-se paulatinamente.

Conforme sustenta Amaral (2002:7), o Direito moderno tem evoluído não apenas no sentido de abandonar antigas concepções, como também no sentido de demonstrar a insustentabilidade das muitas críticas ainda

significa não apenas a proibição do arbítrio, mas a imposição “*da exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem”.

rotineiramente dirigidas ao positivismo jurídico, hoje bastante afastado do legalismo e seus conseqüências.⁷⁶

Efetivamente, ultrapassado o momento histórico configurador do Estado de Direito, não mais se justifica o apego a mal-concebidas teses positivistas, de sorte que, hodiernamente, cada vez mais se reconhece e se destaca o papel criativo e criador dos aplicadores do Direito. Aplicar a lei é também criar o Direito, donde ser impossível manter-se a concepção do juiz-autômato ou a crença na atuação meramente lógico-subjuntiva na aplicação das leis. Então, a criação do Direito atual, em aberta transcendência à Constituição e às leis, abarca a edição dos atos administrativos, os negócios jurídicos e as decisões judiciais, conforme sustentado, aliás, pelo próprio Kelsen, na Teoria Geral das Normas, em que afirma ser a norma individual ato *criador do Direito*:

“Trate-se de uma norma jurídica individual que descreve a decisão judicial de um caso concreto, então esta decisão - como mostrou a Teoria Pura do Direito - de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão, simultaneamente, também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo

⁷⁶ Segundo ainda Amaral (2002:7), cinco são as teses positivistas classicamente atacadas: a *tese da lei*, posto que o Direito se definiria através dela; da *neutralidade*, pela qual prevaleceria o conteúdo do Direito, independentemente da valoração de seu conteúdo; da *subsunção*, vez que a aplicação silogística do Direito não cederia espaço à valoração e à criação; do *subjetivismo*, pelo qual não haveria como verificar ser o Direito justo ou injusto ante a impossibilidade de um critério objetivo para definir o que é justo ou não; e a *tese do legalismo*, consistente na cega obediência à lei independentemente de seu conteúdo ou das circunstâncias de sua aplicação. Com apoio na doutrina alienígena, assenta Amaral que, modernamente, somente as *teses da neutralidade e do subjetivismo* encontram respaldo dentre alguns positivistas, tal como sucede no próprio Kelsen, de modo que não faria mais sentido crigir as demais, porquanto superadas.

(...) E essa individualização apresenta-se necessária porque um caso concreto não pode ser decidido somente por uma norma jurídica geral” Kelsen (1986:285).

A experiência jurídica vem recebendo renovado vigor de nascedouro constitucional. No direito estrangeiro, e contrariando os vícios do positivismo, ilustram-no o debate produzido por dois importantes teóricos do constitucionalismo moderno alhures mencionados: Konrad Hesse e Peter Häberle.

Hesse, contrariando o sociologismo de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição *jurídica* nada mais seria que a expressão das variadas forças sócio-políticas e econômicas (os chamados *fatores reais de poder*), afirma a força da Constituição. A tese central de Lassalle assenta-se na idéia de ser a *Constituição jurídica* um *pedaço de papel* cuja força normativa, regulatória, bem como a sua própria sobrevivência, estaria vinculada à sua correspondência à chamada *Constituição real*. Em rebate, afirma Hesse que admitir os preceitos lassalianos equivaleria a negar o Direito Constitucional, transmudando-o de ciência do dever-ser (*Sollen*) em mera ciência do ser (*Sein*), como o são a Sociologia e a Ciência Política. Equivaleria, enfim, a reduzi-lo em instrumento de justificação das forças socialmente dominantes. Então, ante o impasse trazido pela perspectiva de Lassalle, propõe e sustenta que a Constituição, embora influenciada pela realidade, sobre ela exerce e mantém autônoma e peculiar influência.

Portanto, a resposta de Hesse à controvérsia suscitada é dada sem radicalismo: considera fundamental o reconhecimento do recíproco condicionamento existente entre realidade e normatividade. Com tal conduta, afasta a visão extremista centrada na sobrevalorização da norma, operada tanto pelo *positivismo jurídico*, quanto pelo *positivismo sociológico*.

A conclusão a que chega é de que a fecundidade (ou eficácia) da Constituição está em reconhecer a realidade presente e as forças nela atuantes de sorte que a normatização constitucional não tem o poder de criação, mas de re-criação do real, convertendo-se, assim, “na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.⁷⁷

Embora tenha percorrido caminho diverso, Peter Häberle aceitou as conclusões parecidas às de Hesse ao preconizar novos e vigorosos *intérpretes sociais da Constituição*. Reconhece Häberle que, além dos intérpretes autorizados ou oficiais – juízes e tribunais – existem outros agentes hábeis a interpretar a Constituição e que são *todos aqueles que vivem a norma constitucional*. Suas reflexões ampliaram o campo de atuação da hermenêutica constitucional para nele admitir cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública os quais representam forças interpretativas, ou ao menos pré-

⁷⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*. O tema do estudo fora objeto de aula inaugural ministrada na Universidade de Freiburg- RFA, no ano de 1959, provocada, por sua vez, pela conferência de Lassaille que chamava de *fatores reais de poder*, na Prússia de seu tempo, a monarquia, a aristocracia e a burguesia.

interpretativas, da Constituição. Contudo, esse autor cuidou de não retirar à atividade jurisdicional o papel de *ultima ratio* na interpretação do Texto Magno⁷⁸

Como se vê, a doutrina constitucional igualmente caminha no sentido de reconhecer que a *efetividade* normativa não pode prescindir da realidade a ser normatizada. Reconhece que a lei é feita *por* e *para* homens historicamente situados, de modo que a eficácia da norma está na sua correspondência (e não submissão) aos apelativos da sociedade à qual se dirige.

Então, simultaneamente ao paulatino declínio das teses juspositivistas, emergem novas formas de conceber, aplicar e interpretar o Direito, sobretudo a concepção que sustenta a vivência do *Direito por princípios*, principal forma de superação do juspositivismo.

⁷⁸ HABÉRLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

2.1- Extensão e profundidade do princípio na vida do Direito

Os princípios⁷⁹ tangenciam toda a vida jurídica. Como uma rede, neles toda a realidade do Direito se detém, desde as construções mais discretas às aquelas mais elaboradas. Como um véu superficial, além de proverem a plena cobertura lógico-axiológica do ordenamento, os princípios irradiam-se até as últimas fímbrias dos mecanismos jurídicos: atuam intensa e extensamente sobre a ordem jurídica. Por tal razão, é possível afirmar ser o princípio muito mais do que mera aptidão de exegese e inteligência do ordenamento. Porque funcionam como elementos doadores de sentido e harmonia ao sistema jurídico, todas as normas existentes e a serem criadas pelo legislador *não apenas lhes devem obediência, como também não devem contrariá-los.*

Canotilho (1993:167) estabelece conhecida distinção da norma jurídica entre *regras e princípios*. Aduz, afinal, ser o princípio elemento jurídico *multifuncional* e de "*natureza qualitativamente distinta* das outras categorias de normas - as regras jurídicas". Segundo o autor lusitano, os princípios *funcionam* como elementos de estruturação, validação, otimização e equilibração de todo o sistema jurídico.⁸⁰

⁷⁹ Vocábulo de raiz latina, princípio deriva-se de *principium, principii*, termos correlatos de *princeps, primeiro*, e significa, em sentido geral, aquilo do qual algo procede ou depende, abrigando, assim, a idéia de gênese ou *fundamento* de algo. Na acepção metafísica, designa aquilo de que uma coisa depende quanto à sua essência, ou seja, *que a faz ser o que é*. No jargão científico, tem o significado de proposição muito geral que sintetiza ou agrega várias leis ou proposições diretoras de uma ciência às quais todo o ulterior desenvolvimento científico deve estar subordinado. Em todas as raízes o vocábulo é sinônimo de fundamento, alicerce, substrato. Lançando mão das clássicas categorias aristotélicas, o princípio seria a *substância, o eidos, enfim, a ratio essendi* de algo.

⁸⁰ Entre as distinções feitas pelo autor, tem-se que os princípios funcionam como *otimizadores do sistema* porque se compatibilizam com vários graus de concretização, conforme os condicionantes fáticos e jurídicos, ao passo que as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem,

No Direito pátrio, Eros Roberto Grau foi o precursor da sistematização de reflexões sobre o lugar e a função do princípio no Direito contemporâneo. Defende a normatividade dos princípios jurídicos aduzindo sê-los de natureza descritiva e normativa. Entende, em par com a inovadora doutrina internacional, ser o princípio, ao lado das regras, espécie do gênero norma jurídica. Em estudo monográfico sustenta que na interpretação da Constituição prevalece a força dos princípios e que todo intérprete ou julgador, embora não vinculado à perquirição do obscuro “espírito da lei” ou pela “vontade do legislador” (práticas do positivismo), estará sempre vinculado pelas normas em geral e pelos princípios, de modo especial.⁸¹

Exponenciam igualmente o lugar privilegiado da principiologia no ordenamento os professores Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello e o

permitem ou proíbem); a convivência dos princípios é conflitual e das regras antinômica, significando dizer que os princípios contraditórios coexistem, as regras antinômicas se excluem; os princípios permitem soluções razoáveis e equilibradas dentro do sistema porque são *standards*, modelos ou padrões de conduta jurídica, ao passo que as regras são *fixações normativas definitivas* e que colocam apenas questões de validade e não de peso ou valoração. Assevera ainda que o princípio permite dinâmica abertura do sistema jurídico, de modo que a sua inexistência redundaria em engessamento da vida social e do próprio Direito o que se efetuaria através do legalismo ou ditadura da regra. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina. Coimbra. 1993. p. 167-169. Note-se que esse autor, prefaciando dissertação de Ruy Samuel Espíndola, tornada a obra *Conceito de princípios constitucionais*, Ed. RT, 1999, adverte, entretanto, que, sob pena de se transformarem os princípios em postulados de um discurso quase exclusivamente moral, é necessário “introduzi-los na *metódica jurídica* com vistas a se obter concretização rigorosa e eficaz das normas constitucionais.” Aliás, sobre a inteligência dos princípios, merece visita a obra ora referenciada em que o autor defende a tese de que a normatividade do princípio não é ancilar, supletiva ou subsidiária, *mas essencial ao Direito em sua fase pós-positivista*. Essa concepção das normas jurídicas - enquanto gênero dos quais se especializam os princípios e as regras - encontra defesa em juristas como Robert Alexy, Eduardo García de Enterría e Konrad Hesse, dentre outros. Importa por último frisar que em sendo a aplicação do Direito a aplicação da ordem jurídica em sua totalidade sistêmica (e não ato de aplicação solitária de normas desconectadas do todo), o vigor do princípio trespassa, diuturnamente, toda a aplicação do Direito, donde a sua eficácia determinante imediata.

⁸¹ Tais idéias estão contidas na monografia batizada *A ordem jurídica na Constituição de 1988- interpretação e crítica*, precisamente no capítulo quarto. O mesmo autor, na obra *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, rejeita ainda a técnica positivista quando aduz que “o ato de interpretação do direito pode conduzir à transformação do direito”. Sobre as teses positivistas, vide também PERELMAN, *Ética e Direito*, traduzida por Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 516.

tributarista Paulo de Barros Carvalho. Bonavides pugna a natureza principialista do Estado brasileiro, mediante o reconhecimento da positividade dos princípios encartados na Constituição. Para ele, o "Estado principialista" tem como essência a ruptura com o Estado positivista e formalista até então vigente, assentando-se, pois, na promoção dos valores igualdade, democracia e justiça, axiomas nucleares do Estado. Por essa razão, negar-lhes efetividade equivaleria a abalar a sustentação do próprio ente estatal. Ademais, ensina Bonavides que os princípios exercem três funções capitais na ordem jurídica, a que chama função *fundamentadora*, função *interpretativa* e função *supletiva*, as quais, respectivamente, sustentam o edifício jurídico, auxiliam a sua compreensão estrutural e integram o Direito ao suplementarem lacunas existentes em regras ou em demais princípios dotados de maior densidade normativa.

Já para o professor Celso Antônio, conforme assentado em lapidar e conhecida passagem :

"O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". Desse modo "(...) violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos". Mello (1986:230).

Por sua vez, para Paulo de Barros, os princípios alinhavam a inteligência das normas, *verbis*:

"Princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exerce o princípio uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob o seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expreso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos". Carvalho (1993:57).

Segundo a professora Germana de Moraes, a fase atual do direito constitucional, denominada pós-positivista, marca-se pela normatividade e positivação dos princípios gerais de Direito. Sustenta, ademais, a hegemonia dos princípios em relação às regras. Para ela, o reconhecimento da normatividade dos princípios deve ser tributada aos esforços de dois juristas contemporâneos, Ronald Dworkin, jurista de Harvard, e ao alemão, Robert Alexy.⁸²

⁸² Anota a professora Germana Oliveira de Moraes que a teoria do Direito de Dworkin foi construída a partir da teoria da justiça de John Rawls e prima pela crítica ao positivismo, sobretudo à doutrina de Hart. Dworkin nega a separação entre Direito e Moral, pedra angular do positivismo. Aduz que a separação não é tão evidente como apregoado pelos positivistas, haja vista que na aplicação do Direito os juristas costumam utilizar-se de *standards*, como *princípios* e *diretrizes* capazes de influir na aplicação do Direito. Dworkin denomina diretriz ao tipo de *standard* que propõe um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria nas condições econômicas, sociais ou políticas da comunidade. Denomina princípio, um *standard* que contém imperativos de justiça, equidade ou outra dimensão da vida moral.

Prossegue, valendo-se das lições do professor português Jorge Miranda, operando-lhe o seguinte recorte:

“Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito Positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípio e normas-disposições.”

E conclui: “A decomposição do Direito em princípios e regras delimitou dois campos distintos, porém não estanques: os campos da *juridicidade* – direito por princípios, dentre os quais o da legalidade, e o campo da *legalidade* – direito por regras, contido no primeiro, de modo que no domínio do Direito Administrativo, ‘o princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, englobando-o’”. Moraes (1999:21)

Ainda em defesa da magnitude dos princípios, Sundfeld (1997:55) sustenta que eles possuem hierarquia superior à das regras, porquanto determinam o sentido e o alcance destas, as quais não podem contrariar-lhes sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Para ele, “os princípios são verdadeiras normas jurídicas, razão pela qual devem ser tomados em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos”. De modo emblemático, reitera tal posicionamento noutra passagem em que afirma ser “o

conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”.⁸³

Por sua vez, Medauar (1999:136), coadunando-se às lições da professora Germana de Moraes, afirma serem os princípios particularmente importantes ao Direito Administrativo em função da acodificação desse, bem como de sua legislação variada, esparsa e de recente elaboração. Para ela, os princípios possibilitam a compreensão e a consolidação dos institutos administrativos.

Barroso (1988:141), ao reproduzir as lições de Miranda e Canotilho, leciona que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, enquadram-se em duas categorias diversas: as *normas-princípio* e as *normas-disposição*. As normas-disposição dirigem a sua eficácia a situações específicas, delimitadas, ao passo que as normas-princípio, ou apenas princípios, porque carregadas de maior grau de abstração e orientadas a fins mais amplos dentro do sistema, dirigem-se ao emolduramento do sistema jurídico, à hipóteses genéricas e abrangentes. Importa sublinhar que as duas categorias, ou seja, as normas-princípio e as normas-disposição, encontram-se ambas no mesmo plano constitucional, não guardando, pois, hierarquia em sentido normativo, mas apenas em sentido funcional dentro do ordenamento. Isso porque as normas-princípio, além de sustentarem o edifício estatal, promovem redes de comunicação e integração em seu interior. Assim, nas palavras de Barroso, “de fato, aos princípios cabem, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis à determinada relação jurídica, uma

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 134.

outra de natureza mediata, que é de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional”. Em síntese, para Barroso (1998:146), os princípios exercem três funções capitais:

- servem de base às decisões políticas fundamentais a serem adotadas pelo constituinte para estruturar ou reestruturar a *forma e fins* do Estado, tal como sucede, por exemplo, com o princípio-fim da eficiência.
- constituem elementos norteadores da análise e aplicação do direito, limites máximos de sua interpretação, funcionando como instrumento integrador da pluralidade de valores contidos nas regras da Carta Magna e no ordenamento em seu todo, dando unidade ao sistema normativo;
- operativamente, dirigem-se aos três poderes da República condicionando-lhes a atuação, bem ainda pautando a interpretação e a aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Barroso (1998:146).

No mesmo sentido, Moreira Neto (2002:73) chama atenção para o fato de que os princípios desempenham importantes funções genitoras, estruturadoras, organizadoras e intelectivas do Direito, o que denomina de *eficácia dos princípios* no ordenamento.⁸⁴ Tomados como qualidades capazes de ofertar *coerência e unidade sistemática*, os princípios são elementos “imprescindíveis

⁸⁴ Embora sem inovar na essência, a sua classificação está posta na seguinte forma: *eficácia axiológica*, porque denotam os fundamentos finalístico-valorativos compósitos da ordem jurídica; *nomogenética*, porque tais fundamentos exercem influência na criação de novas regras, ou leis; *sistêmica*, porque permite a conexão de atos, preceitos e demais condutas jus-administrativas de modo a conformá-los ao todo que constitui o ordenamento ou sistema jurídico; *integrativa*, porque funcionam como elemento preenchedor das lacunas existentes no ordenamento.

para que qualquer conjunto de conhecimentos integrado adquira *status científico*”.

Concluindo, os princípios promovem indispensável plasticidade ao Direito, de modo a hodiernizá-lo aos desafios impostos pelo devir social. O elevado grau de abstração e generalidade neles contido auxilia o intérprete na adoção da via que melhor atenda ao desiderato do Direito e da Justiça, evitando-se, a um lado, a cristalização do legalismo estrito e infecundo concretizado na nefanda máxima do *summus jus, summa injuria* e, a outro, a exorbitância ou o desvio no exercício do poder administrativo-estatal.

Verificada a tendência da devida valorização do *Direito por princípios em face do Direito por regras*, a vitalidade dos princípios na animação do Direito objetiva demonstrar quão valiosa será a aplicação dos mesmos no controle dos atos administrativos disciplinares por ocasião da implantação do instituto da avaliação de desempenho do servidor, aspecto que adiante se aprofundará, no capítulo sexto.

3 - Princiologia constitucional e Administração Pública

Como visto, os princípios traduzem a essência da organização estatal e da vida da Administração Pública. Especificamente, a *princiologia constitucional* revela a estrutura, os fins e a ideologia que informa o Estado.

Conforme leciona o professor Paulo Bonavides, o Estado de Direito, em oposição ao Estado Liberal, cultuador da lei, cultua a Constituição. Tal realidade pode ainda ser corroborada pelas lições do mestre lusitano Jorge Miranda, que afirma a dificuldade de se "traçar com nitidez as fronteiras do Direito Constitucional e do Direito Administrativo". Trazendo à colação excerto de suas lições, tenha-se:

"... ora, o alargamento da intervenção do poder público na vida econômica, social e cultural e as mutações sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e daquelas que devem ter-se por administrativas. Quando o Estado do século XX se apresenta como um Estado *administrativo*, em vez de legislativo, (CARL SCHMITH), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei se traduz em medidas concretas ou emana do Poder Executivo, é esse acto de Direito constitucional que parece convolar-se em acto de Direito administrativo".⁸⁵

Tácito, valendo-se das lições de Barthélemy⁸⁶, ensina que "é no direito constitucional que estão os títulos dos capítulos de direito administrativo; um é prefácio do outro". Então, considerando-se as umbilicais relações entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, uma vez que o Direito

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 21.

⁸⁶ BARTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de droit administratif*, 3.ed. 1933, p. 1-2, apud TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. Boletim de Direito Administrativo, fev/99, p. 82-86.

Administrativo é o Direito Constitucional aplicado ou, se preferir, que o *princípio da legalidade administrativa pressupõe o da constitucionalidade das leis*, importa cogitar nesse trabalho sobre a inteligência da principiologia constitucional e seus reflexos na vida da Administração Pública⁸⁷

Nesse sentido, é necessário inteligir os princípios constitucionais que orientam, dão coerência e sustentação ao Estado e à vida administrativa. Os primeiros, sustentadores do edifício estatal, estão estampados nos preambulares dispositivos insertos nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da *Lex Legum*,⁸⁸ os segundos, informadores da Administração, acham-se insertos, em essência, no art. 37, *caput*, da Carta Magna, os quais, reitere-se, serão tratados ao longo do

⁸⁷ A ôntica correlação existente entre Direito Administrativo e Constitucional fora inicialmente tratada na doutrina italiana de Vittorio Emmanuelle Orlando através das expressões Estado *constituido* e Estado em movimento, em atuação. Assim, pondo-se o Estado em atividade, na perseguição de seus fins, deve observar um conjunto de regras próprias, de sorte que essa dinâmica do Estado, orientada aos fins legais, caracteriza o Direito Administrativo, a Administração ou o Estado em movimento. Já, porém, as regras alinentes ao Estado *constituido* caracterizam o Direito Constitucional. Ainda acerca da reciprocidade existente entre Constituição e Administração, já dizia Menegale que a Constituição supre a vida da Administração de recursos institucionais para que atue no sentido de atingir os fins do Estado. Contudo, afirma também que a Administração Pública não é apenas estrutura passiva ou aquilo que a Constituição determina, posto que é também capaz de influir sobre a Constituição na medida em que torna, ou não, executáveis os seus comandos, podendo, pela prática administrativa, apontar limites e falhas dos mecanismos constitucionais, aprimorando-lhes a configuração. Observe-se que a constitucionalização principiológica da vida administrativa assenta-se não apenas em face da acodificação do Direito Administrativo, mas também diante da complexa teia de relações que marca o cotidiano do administrar. A Administração atua na urgência, ofertando imediatas e céleres respostas a desafios sociais, dinamismo que levou Hauriou a referir-se ao domínio da vida administrativa como sendo o domínio do provisório e do revogável.

⁸⁸ É o que se tem dos arts. 1º ao 4º da CR: "Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. (g.n). Os demais dispositivos versam sobre os *objetivos fundamentais* da República Brasileira, sobre os princípios adotados nas relações do país na esfera internacional e, ainda, sobre a organização (tripartição) do Poder dentro da República. Todos revelam norteamientos essenciais do Estado Brasileiro.

trabalho, especialmente no capítulo em que se trata do controle do exercício do poder disciplinar da eficiência.⁸⁹

Portanto, em razão dessa dinâmica inter-relação torna imperativo explicitar alguns fundamentos principiológicos constitucionais para, a seguir, apreender os específicos princípios que fundamentarão o *processo disciplinar da eficiência administrativa*.

3.1- Princípios de conformação estatal

Variadas são as classificações doutrinárias acerca dos princípios essenciais ao Estado. Apartados, porém, os variados esforços “inovadores”, todas convergem a um mesmo núcleo principiológico comum. Em síntese, *três* são as categorias dos princípios que compõem o Estado.

A primeira delas é formada por aqueles *fundamentais* ou que constituem o *arcabouço estatal*. A segunda, pelos que promovem a inteligência do edifício jurídico constitucional, concebendo-o de modo ordenado e sistêmico, os quais poder-se-ia nominar *princípios de inteligência do ordenamento*. A terceira, composta daqueles que, emanados do eixo constitucional, *especializam ou especificam a materialização do Estado*: os princípios da Administração

⁸⁹ Segundo o jurista italiano Guido Zanobini, lembrado por Tácito (1999:82), “o ato de nascimento do direito administrativo é geralmente encontrado na lei de 28 de fevereiro do ano VIII (1800) que, pela primeira vez, deu à administração pública uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória”. Ensina ainda Tácito que o Direito Administrativo tem como precedente histórico o *poder de polícia*, muito embora tenha sido acolhida do princípio da separação de poderes, bem como a submissão do poder executivo às normas promanadas do legislativo, que efetivamente moldara a existência autônoma do Direito Administrativo. Desde então, Constituição e Administração caminham lado a lado.

Pública. Dito noutros termos, três são as categorias de princípios, chamados *fundamentais, gerais e especiais*, os quais, embora hierarquicamente nivelados, prestam-se a fins ou finalidades distintas.⁹⁰

Os chamados *princípios fundamentais*, denominados por Canotilho *princípios estruturantes*,⁹¹ como o próprio qualificativo indica, constituem a fundação ou o alicerce estrutural do Estado. Derivam de decisões jurídico-políticas as quais definem a forma de Estado, o regime e o sistema de governo. Tamanha a importância de que se revestem, que a sua alteração requer instauração de novo processo constituinte originário. Tais princípios são os seguintes: o princípio republicano e o princípio federativo, ambos configuradores da forma de Estado; o princípio democrático de direito, plasmador da forma de governo, todos gravados nos incisos do art. 1º, CR, o princípio da separação de Poderes (art. 2º); o princípio presidencialista (art. 76) e o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV)⁹². Ainda no rol dos *fundamentos* da República são encontrados os nobilíssimos princípios da cidadania, o princípio da dignidade da pessoa humana, da participação social no poder e o princípio do pluralismo político, todos positivados nos vários incisos do art. 1º da Constituição de 1988.

⁹⁰ Ainda a respeito, há exaustiva classificação feita, dentre outros, pelo Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra *Curso de Direito Administrativo*, Forense, 2002, p. 74-105. Nesse trabalho, o autor classifica os princípios em fundamentais, gerais, princípios do direito público, do direito administrativo e, como espécie desses, os princípios setoriais do direito administrativo.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina. Coimbra. 1993, p. 180.

⁹² A essa conhecida classificação, praticamente unívoca, acresce Moreira Neto (2002:104) demais princípios tal como o *princípio da participação*. Tal princípio acha-se pulverizado em várias passagens do texto constitucional em que se prescrevem formas de atuação estatal *em colaboração* com a sociedade. Vide, a respeito, os artigos 194, 197, 205, 215, §1º da Constituição.

Emanados desses princípios capitais, emergem ainda outros – os chamados ***princípios gerais***, os quais, embora dotados de menor abstratividade, estabelecem direitos ou asseguram situações jurídicas individuais, tal como se tem naqueles que garantem o acesso à Justiça, ao devido processo legal, à publicidade, à isonomia, ao juiz natural, dentre outros. Moreira Neto (2002:76) batiza-lhes de princípios de *princípios instrumentais* por conterem “uma opção formal destinada a aplicar e dar garantia de aplicação aos princípios substantivos”, ou seja, aqueles que abrigam opções axiológicas e finalísticas da ordem jurídica.

Enfim, a terceira categoria de princípios, denominados ***especiais***, destina-se ao disciplinamento de determinados temas pontuados nos capítulos ou títulos da Constituição. Tais princípios visam a ordenar a atuação do Estado em delimitadas esferas, tal como ocorre quando o Estado se relaciona com a sociedade através da prestação de serviços, ou quando desenvolve atividades de fomento ou exerce o poder de polícia. Tais princípios costumam adquirir *status* de autonomia, posto se destacarem em função da especificidade da matéria que disciplinam, tal como ocorre com o princípio da anterioridade legal no Direito Tributário, e com o princípio do concurso público na esfera da Administração. Outras vezes, porém, constituem simples detalhamento dos princípios gerais, como se tem no princípio da legalidade tributária e da legalidade penal.

3.2- Princípios de inteligência do Direito Administrativo de base constitucional

Porque funcionam como modeladores ou como parâmetros especiais de validade dos atos administrativos, alguns princípios merecem breve apreciação. Dentre eles, o *princípio da supremacia da Constituição*, o da *presunção de constitucionalidade das leis e dos atos editados pelo poder público*.

3.2.1-A supremacia da Constituição

Assente a doutrina que nenhum esforço interpretativo pode contrariar as emanações normativas constitucionais: eis aí o princípio da supremacia da Constituição. Então, **nenhum ato jurídico** vertido por qualquer dos Poderes poderá subsistir se incompatível com a Magna Carta.⁹³

A jurisprudência patenteia igualmente a superioridade da Constituição em face dos constantes riscos a que ela se expõe, riscos que se acentuam em função da incipiente democracia pátria na qual o poder político – quase sempre

⁹³A superioridade da Constituição tem raiz na superioridade atribuída ao poder constituinte originário, legítimo mandatário das aspirações populares, e sagrado pelo processo democrático-eleitoral. Desse modo, quedam subservientes à vontade popular juridicizada todas as manifestações jurídicas haja vista que as regras constitucionais ocupam o vértice do ordenamento. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a **supremacia da Constituição** decorre de sua gênese, porque provém de um poder “que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado Poder Constituinte”. A Carta nacional detém supremacia material e formal, a primeira, decorrente do conteúdo de suas normas; a segunda, da rigidez que se requer para sua alteração – modificável apenas por processo especial, ou pelo poder constituinte primitivo ou de revisão. FERREIRA, FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.18. No mesmo sentido BARROSO, 1998, p. 150.

premido por pressões alienígenas e exógenas ao Estado - com freqüência anseia olvidar a potestatividade constitucional.⁹⁴ A par dos assaltos à legalidade democrática, com freqüência tem insurgido o Supremo Tribunal Federal:

“Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”⁹⁵

⁹⁴ Novamente evocam-se as lições de Konrad Hesse que, mesmo reconhecendo a influência dos *fatores reais de poder*, defende a supremacia da Constituição. Para Hesse, a Constituição forja-se a partir do dinamismo das forças reais, porém a elas ultrapassa convertendo-se, por si mesma, em “força ativa” capaz de articular a realidade, na medida em que exista disposição por orientar a conduta conforme a ordem nela disposta. Para ele, a força ativa da Constituição baseia-se em três elementos: a) no reconhecimento da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável apta a proteger o Estado contra o arbítrio, b) na compreensão de que a ordem constitucional transcende a uma ordem simplesmente legitimada pelos fatos, c) a ordem constitucional encontra eficácia a partir do concurso da vontade humana, ou seja, sua eficácia requer concretos atos de vontade. Para esse autor, um dos fatores desestabilizadores da força normativa constitucional é justamente a mutabilidade do Texto Magno. Vale dizer, quanto mais estável for o texto constitucional, maior será o valor a ele atribuído, e, portanto, a sua força operativa sobre a realidade. Para Hesse, em atenção ao valor maior da salvaguarda da *vontade da Constituição* se deveria, inclusive, renunciar a alguns interesses, mesmo que justos. Note-se que essa ardorosa defesa da estabilidade constitucional tem amparo no interesse maior da segurança jurídica: segundo esse autor, as constantes reformas do texto constitucional enfraquecem “a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”. In: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. p. 22. Observe-se que a Constituição da República, desde a sua promulgação até os dias de hoje, fora emendada 46 vezes. E, entre as inovações, muitas ainda possuem eficácia incerta. De todo modo, uma grande lição que se extrai do pensamento hesseniano é que se deve evitar o mudancismo constitucional, posto que esse projeta perversos efeitos sobre todo o sistema jurídico.

⁹⁵ RT. 700:221, 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso Mello.

A importância desse referenciado princípio para a Administração Pública evidencia-se pelo fato de que a superioridade constitucional – fonte normativa primária – institui balizamentos à elaboração de quaisquer atos normativos ulteriores, servindo a Constituição como *fundamento de validade* que ultima o processo criador no mundo do Direito, de modo a subordinar toda e qualquer produção jurídica, seja de natureza administrativa, legislativa ou **jurisdicional** aos preceitos encartados na *Lex Legum*.⁹⁶

Como em preâmbulo se viu, a gênese do Direito não mais se adstringe ao solitário trabalho legislativo. O Direito pulsa de múltiplas vivências jurídicas, emergindo de atos administrativos e da jurisdicionalidade vertida pelos Tribunais. Assim, o princípio da supremacia constitucional serve, na Administração Pública, a estancar qualquer atuação lesiva perpetrada pelo administrador em face do patrimônio jurídico dos administrados ou do servidor.

De modo especial, como interessa ao presente trabalho, o processo de investigação de desempenho que em seu itinerário venha macular os sacros princípios constitucionais, v.g., os da ampla defesa, da proporcionalidade, da

⁹⁶ Essa privilegiada posição da Constituição tem abrigo em Kelsen. A teoria kelseniana demonstra uma pirâmide de normas hierarquicamente dispostas em cujo ápice, funcionando como validade a todas as normas existentes no ordenamento, está a Constituição. Dizia: “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, figurativamente, designada como norma superior”. In: Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, 1994, p. 242-249. Para evitar a interminável indagação acerca da gênese da norma fundamental, Kelsen tem-na pressuposta, cuja fonte estaria no conjunto das aspirações esparsas, contínuas, duradouras e agregadoras da consciência social ou coletiva, que, amadurecidas, forjariam princípios de retidão, equidade e justiça. Em que pese os malabarismos lógicos do pensamento kelseniano, é inequívoca a contribuição de muitas de suas teses ao pensamento jurídico. Tenha, como ilustração, a posição da Constituição – embora *pressuposta* - na cúspide do ordenamento.

razoabilidade, da publicidade e da motivação dos atos decisórios⁹⁷ não terá criado, **validamente**, direito para o caso concreto.

3.2.2-Presunção de constitucionalidade e legitimidade das leis e atos vertidos pelo poder público.

Soa paradoxal o fato de que o Estado, criador do Direito e legitimado à sua imposição coativa, possa vir a agredi-lo. Contudo, uma vez parteado das entranhas estatais, o Direito assume vida própria, adquire autonomia, submetendo, inclusive, ao seu criador. Assim é que o Poder Público pode, em infiel oposição ao seu berço, agredir aos comandos emanados do Estado de Direito. Ante a essa concreta possibilidade, é que se presume, embora não absolutamente, a constitucionalidade das leis e atos emanados do Poder Público, concebendo-os *a priori* válidos, legais e constitucionais.⁹⁸

Tal princípio tem importante efeito configurador dos atos administrativos praticados em busca da eficiência administrativa. Por ele, se permite à

⁹⁷ Em decorrência do princípio do devido processo legal, com vistas a possibilitar o controle da ação administrativa e na mais perfeita lição seguida pelo direito processual pátrio, a Constituição, art. 93, X, tornou obrigatório o dever da motivação dos atos administrativos de natureza decisória, pena de invalidade.

⁹⁸Essa presunção *juris tantum* da legitimidade dos atos administrativos em geral emana do princípio da legalidade que submete a Administração. E tal presunção de legalidade dos atos estende-se às três esferas do Poder estatal, haja vista que a “divisão” de Poderes atende tão-só à especialização funcional das ações do Estado, bem ainda à interdependência orgânica dos três níveis, jamais, porém, à estanqueidade de cada qual. A respeito, ensina Fagundes (1984:6) que o Estado, para realizar suas funções, manifesta-se através das atividades legislativa, administrativa e jurisdicional, cabendo o exercício de cada uma dessas funções a diversos “órgãos” do Estado. Prossegue, com forte em lições de Duguit, que “cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante”.(sic). Observe-se que pelo princípio em apreço, o fim último da atuação dos aplicadores do Direito deve ser a afirmação do ordenamento, atraindo, assim, maior confiabilidade e a necessária segurança jurídica ao sistema. Portanto, presumem-se *constitucionais as leis e válidos os atos administrativos* até prova em contrário.

Administração instaurar o processo administrativo disciplinar da eficiência, e, eventualmente, exonerar pessoal, sem o prévio recurso a instância judicial. Enfim, a atuação *presumidamente* legal milita em favor do princípio da eficiência no serviço porque corresponde a exigências de “celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.”⁹⁹

Em efeito, no processo de investigação de desempenho, os atos praticados pelos agentes se revestirão, pois, dessa prerrogativa, de modo que sua eventual argüição de invalidade deverá ser posta e provada pelo impugnante na via administrativa ou judicial. Em sendo assim, até a efetiva invalidação, o ato terá plena eficácia, ou seja, produzirá os efeitos jurídicos que dele se espera.

Porque igualmente aplicável ao processo de apuração do desempenho, não será demais recordar que o ataque a ato viciado pode e deve partir também da Administração mediante o exercício do poder de autotutela. Por tal poder, a Administração pode *anular* os próprios atos que repute ilegais ou *revogar* outros por motivo de conveniência e oportunidade, entendimento, aliás, sumulado pelo STF, Súmulas 346 e 473, bem ainda previsto no art. 53 da Lei n. 9.784/99.¹⁰⁰

⁹⁹ DIEZ, Manoel Maria. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 216, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁰⁰ O fundamento do *princípio da autotutela* radica-se no *dever da boa administração* vez que a Administração Pública, curadora de interesses coletivos, não deve retardar a extirpar ou corrigir, *ad*

3.3-O primado da eficiência na Administração Pública

3.3.1- Eficiência: imperativo humano e jurídico-democrático

Na labuta cotidiana, antes de uma necessidade jurídica, a busca da eficiência ou da minimização de esforços é uma ancestral necessidade humana. Necessidade que brota do fato de que o homem é ser-com-o-outro, agrega-se, associa-se porque sabe que “não é bom que esteja só”. Sabe que em sociedade ou em comunidade é capaz de obter *melhores resultados*, com *menores esforços*, compartilhando a ambos. Aliás, essa vocação, que os contemporâneos chamam *eficiência*, já se achava inscrita no primitivo ato original em que o Criador, mesmo sendo *Pura Perfeição*, ainda assim ocupou-se da qualidade-eficiência da conclusa obra da criação ao avaliá-la e pontificar que “*estava tudo muito bom*”.¹⁰¹

Em sendo a busca da eficiência tarefa que se impõe ao homem e às organizações, sentido não haveria não aplicá-la à *organização pública*. Ora, a *Administração Pública*, concebida enquanto *conjunto de princípios e técnicas de gerir recursos*, patrimoniais ou humanos – aspecto que a relaciona à *Administração* – precisa igualmente dedicar-se à busca de respostas economicamente equilibradas, fazendo-o por meio da boa gestão da equação custo-benefício. Melhor: em sendo o equilíbrio dessa equação a meta

limine, atos lesivos ou contrários a tais interesses. De fato, o retardamento na tomada de atitudes, acaso se necessitasse sempre do socorro à prévia manifestação judicial, poderia resultar em irreparáveis prejuízos a caros interesses sociais.

¹⁰¹ BÍBLIA sagrada. A.T. *Gênesis*. São Paulo: Edições Loyola, 1995, cap. 1, p. 12

fundamental perseguida pelas organizações privadas, com muito maior cogência tal equilíbrio deverá ser buscado pela Administração Pública, uma vez que essa cura recursos escassos e **interesses titularizados pela coletividade.**

A eficiência no gasto dos recursos públicos impõe-se ainda como dever democrático haja vista que os governantes administram recursos *alieno nomine*, utilizam-se de recursos captados do labor social, de sorte que a esse devem recompensar. Desse modo, à Administração se impõe gerir, com habilidade, probidade e eficiência os recursos que lhes são conferidos, de modo a multiplicar a sua aplicação, ***donde ser a ineficiência um sério gravame à democracia material.***

A necessidade de ser eficiente decorre, em primeiro lugar, da escassez dos recursos públicos, donde o dever da racionalização no uso dos mesmos. Além de decorrer do fator escassez, nasce também de fatores de ordem social. No Brasil é crescente a massa de indivíduos que necessita da ação inclusiva estatal para efetivamente exercer a cidadania. Nesse aspecto, a eficiência transmuda-se de imperativo econômico em imperativo jurídico-democrático por abrigar, acima de tudo, o imperativo social da efetivação da cidadania, o que contribui para tornar palpável o **princípio da dignidade da pessoa humana**, positivado no umbral da Carta Política.

Em ilação ao exposto, tenha-se que a idéia da eficiência, em princípio revestida de conteúdo técnico-econômico, deverá extrair seu *conteúdo jurídico* a partir de

sua integração no ordenamento, em consonância com demais princípios estruturadores e funcionais do sistema jurídico. A **eficiência jurídico-administrativa** deverá então ser interpretada à luz dos variados princípios administrativos (art. 37, CR) e demais regras ordenadoras da ação estatal. Desse modo, além do Executivo, o Legislativo e o Judiciário, quando atuam gerindo sua estrutura ou funcionamento (conforme disposto nos art. 51, IV; 52, XIII, e art. 96 e incisos da CR), devem fazê-lo na mais estreita observância do desiderato da eficiência. Mais ainda. Devem fazê-lo não apenas quando praticam atos de gestão ou administração. Também quando atuam no exercício das específicas funções constitucionais, todos os poderes devem sempre almejar a eficiência estatal: no legislar, no julgar e no administrar.¹⁰²

3.3.2- O princípio da eficiência no ordenamento

Uma visão mais ampliada da idéia da eficiência indica que ela se erige como princípio que se opõe a dois grandes *movimentos* jurídico-administrativos:

a) ao *formalismo burocrático* e ao *legalismo positivista* típico do Estado Liberal do século XIX;

¹⁰² Desse modo, *legislador eficiente* será aquele que legisla criteriosamente, aplicando o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade na edição de leis e atos legislativos. A eficiência da ação legislativa pode ser aferida através do *exame da razoabilidade* das normas editadas por meio da verificação das circunstâncias fáticas que autorizam o ato (motivo), os meios empregados na lei e os fins por ela almejados. Então, a razoabilidade emergirá da adequação de sentido resultante da conjugação desses elementos, ou seja, da compatibilização de adequados meios - autorizados pela realidade - com vistas a realizar determinados fins. Nessa direção, as leis que criam privilégios, que agridem os princípios administrativos não serão eficientes. Quanto ao *jugador eficiente* será aquele que atua, além do poder, na perseguição do dever de julgar para desfazer decisões administrativas que infrinjam a obrigação jurídica da boa administração. Note-se que no Direito Administrativo estrangeiro a meta de se produzir resultados eficientes nas ações públicas e de se possibilitar à sociedade meios de acompanhamento e controle da performance administrativa acha-se contemplada na ampla noção da *accountability*.

b) ao clássico modelo de organização administrativa baseada nos postulados da Administração Científica de Taylor e na teoria de Weber.

Sem prejuízo das considerações feitas no capítulo 5, item 3, a retrospectiva da ordem jurídica pátria indica que a ideia da eficiência há muito habita o ordenamento. Despontou no país nos idos de 60, no Decreto-lei 200/67, em que variados dispositivos ocuparam-se da verificação dos resultados da ação administrativa dos entes estatais.¹⁰³

Em sede constitucional, a Carta de 1988, antes da edição da EC n. 19, previa a eficiência através do correlato *princípio da economicidade*, gravado no art. 70, *caput*, e no art. 74, II, da CR, ambos não alterados pela EC n. 19/98. tais dispositivos referem-se ao controle externo e interno da Administração, com vistas à apuração da legalidade, da eficiência e da eficácia da Administração por meio da avaliação de resultados da gestão orçamentária e da economicidade desta. O art. 74, inciso II, da Carta Política, dispõe sobre o “controle de resultados”, quanto à “eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal”, bem ainda daquelas entidades privadas subsidiadas por recursos públicos. Ademais, os arts. 144, § 7º - eficiência no serviço de segurança - e 175, IV - *adequabilidade* do serviço concedido ou permitido - também da eficiência explicitamente se ocuparam.

¹⁰³ Ainda a respeito das raízes da eficiência administrativa funcional vide capítulo 5, item 3.

A legislação federal tratou da disciplina da eficiência em variados diplomas: na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), na Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 (disciplinadora das concessões e permissões na prestação de serviços públicos), nas Leis n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996 e n. 9.472, de 16 de julho de 1997, ambas instituidoras de Agências Reguladoras da atuação das concessionárias e permissionárias de serviços de energia e telecomunicações, obrigando-as, então, à prestação de serviços *regulares, adequados, eficientes e seguros*.

Também outras vozes da doutrina nacional há décadas sustentam a vocação do Estado e da Administração ao primado da eficiência. O chamado dever da *boa administração* ou eficiência sempre fora objeto de preocupação por parte de velhos e novos doutrinadores como os professores Hely Lopes Meirelles e Juarez de Freitas, dentre outros¹⁰⁴

Em evocada passagem, Meirelles (1996:90) alude à eficiência como sendo "um dever imposto ao agente público". Aduz, ademais, que a perseguição da eficiência se materializa quando submetida a atividade do Executivo ao "controle de resultados" (arts. 13 e 25, V, do Decreto-lei 200/67), quando se fortalece o "sistema de mérito" (art. 25, VIII), quando se recomenda a "demissão do servidor ineficiente" (art. 100) e quando se sujeita a Administração indireta à "supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa" (art. 26, III, dispositivos, todos, constantes do Decreto-Lei 200/67). Ainda segundo Meirelles (1996:90), a "verificação da eficiência é

tarefa complexa, multidisciplinar, de modo que sua aferição transcende ao aspecto jurídico e somente pode efetuar-se na correlação dos “**aspectos administrativos, econômicos e técnicos**”.(g.n)

Em suma, creu o legislador, a par do vigor que os princípios vêm paulatinamente adquirindo na vida do Direito, que a ereção da eficiência a princípio basilar da Administração Pública venha ofertar suporte às ações empreendidas no cenário público por todos os atores, de todos os poderes, de todos os níveis e funções, ou seja, espera-se que a eficiência se imponha a administradores, julgadores e legisladores.

Como neste capítulo se está a tratar da *natureza jurídica do princípio da eficiência*, sobre o seu conteúdo técnico-econômico, sugere-se reportagem às considerações feitas no capítulo 2, item 5.

3.3.3- As interfaces jurídicas do princípio da eficiência

3.3.3.1- A eficiência e os vetores economicidade, proporcionalidade e moralidade

A idéia da eficiência prende-se a várias outras representações jurídicas insertas no ordenamento e igualmente voltadas à otimização do agir administrativo. A eficiência vincula-se à economicidade, à proporcionalidade, à

¹⁰⁴FREITAS, 1997, p. 86.

razoabilidade, à qualidade, à eficácia, à legalidade e à moralidade da Administração.

À semelhança do que se viu no capítulo 2, por **economicidade** há que se entender o equilíbrio da equação meios-fins no uso de recursos com vistas a atingir, com menores custos, o resultado projetado. Por esse princípio deverá o administrador público, em toda e qualquer ação, minimizar os custos da manifestação do Estado. Vale dizer: deverá buscar a redução de recursos e a majoração de resultados, agindo de forma *razoável*, ou seja, equilibrada, harmoniosa, em correspondência entre o esforço empreendido e resultado obtido.

Observe-se que os princípios coarctam-se uns aos outros, de sorte que a ação econômica será, igualmente, **proporcional**. E porque fungíveis são os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, em havendo irrazoabilidade haverá desproporcionalidade. Para Augustin Gordillo, ação irrazoável é aquela que se sustém em três elementos: a) na ausência de fundamentos de fato ou de direito em que o ato supostamente se erige; b) na desconsideração, pelo administrador, de fatos reiterados, públicos, evidentes – ou mesmo inexistentes – capazes de colidir com a ação editada; c) na ausência de proporção entre os meios empregados e os fins que se pretende alcançar. Assim, ação desproporcionada será aquela que se revela moral ou economicamente onerosa ao Estado, donde a sua ineficiência. Tenha-se, como exemplo, hipótese de atuação discricionária em que o agente, deixando de eleger

situação objetivamente capaz de traduzir a otimização da vontade legal, trilha caminho mais oneroso ao erário.¹⁰⁵

A correlação entre eficiência e **moralidade** consiste em que em toda e qualquer hipótese de atuação deverá o agente estatal observar o comando axiológico que lhe impõe o ônus da imparcialidade, da impessoalidade e da transparência no trato do sacrossanto interesse público. Vale dizer: eficiência somente se persegue no círculo da moral, pena de se eleger o primado dos fins como justificadores dos meios. Portanto, quando age o administrador dentro das balizas da impessoalidade, da transparência e da publicidade estará, também assim, a denotar a eficiência de sua ação pelo viés da moralidade.

Quanto ao princípio da **legalidade**, e rememorando aqui as lições de Canotilho, trata-se de "*princípio estruturante*" do Estado e da Administração o qual se vincula intrinsecamente à eficiência, uma vez que a perseguição dessa, assim como sucede com a moralidade, deve ter lugar *dentro das balizas jurídicas* -

¹⁰⁵ A *razoabilidade* consiste na equilibração entre os motivos de fato e de direito que autorizam a edição do ato. Um ato será *irrazoável*, logo arbitrário, quando o seu objeto for absurdo, contraditório ou *desproporcionado*. Será *contraditório* quando o ato explica e fundamenta uma solução em seus considerandos e adota outra, contrária, em sua parte resolutiva, ou, ainda, quando os seus enunciados articulam proposições antagônicas e ilógicas. Será *desproporcional* quando insustentável a relação entre os meios e os fins a serem atingidos com a sua edição. Como ilustração, tenha-se a hipótese em que o administrador ignora leis, provas ou motiva falsamente a edição de um ato, fundando-o em suas vontades pessoais, em seus caprichos. Ilustre-se com a situação em que se adota penalidade muito mais severa em reprimenda à conduta funcional, quando a lei desautoriza, pelo critério da razoabilidade, a imputação da exacerbada medida. Em ambas as hipóteses haverá arbitrariedade como vício da vontade. De se notar, enfim, que o simples erro de direito não constitui arbitrariedade, porém constituir-lhe-á a singeleza ou a superficialidade de argumentação jurídica que a motivação contenha. GORDILHO, Augustin. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Bogotá, 1975 *apud* CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O controle jurisdiccional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996. Para averiguação da presença ou não de razoabilidade dos atos administrativos (juízo que deve incidir também sobre os atos legislativos e jurisdicionais) poderá - e deverá - o afetado pela ação administrativa socorrer-se, além da força das regras e princípios vigentes, de *conhecimentos técnicos* oriundos de saberes extra-jurídicos, tal como aqueles emprestados à Economia e à Administração.

princípios e regras - inerentes ao ordenamento. Desse modo, a eficiência é filha da legalidade, não se justificando, sob nenhuma hipótese, a obtenção da eficiência *contra ordinem jurídica*, ante os riscos que tal representaria.¹⁰⁶

3.3.4- Eficiência e princípio da indisponibilidade do interesse público.

Dada a importância de clarividenciar o conteúdo da expressão *interesse público* dentro da conjuntura reformista, impõe refletir sobre o seu sentido.

Se no passado a identificação da substancialidade contida na expressão *interesse público* era relativamente pacífica, hoje não o é mais. O devir estatal está a moldar uma nova inteligência da expressão, caríssima ao Direito Público em sua vertente administrativa. Ademais, uma vez que o *princípio da indisponibilidade do interesse público* tem como objeto a salvaguarda de interesses sociais relevantes, importa perquirir sobre o sentido da adjectivação *público* no conjunto semântico "*interesse público*" e a sua correlação com o instituto da avaliação do desempenho funcional.

Sempre se distinguiu o interesse público por oposição ao privado, tendo sido mais fácil entendê-lo pelo seu conteúdo negativo do que positivo. Tal

¹⁰⁶ Exemplificam-no as regras licitatórias. Mesmo apesar das críticas promovidas à Lei n. 8.666/96 e referentes ao "engessamento" da Administração, trata-se de diploma urdido pela necessidade de se coibir práticas administrativas patrimonialistas e abusivas ao interesse público, donde a sua absoluta necessidade. Por ela, v.g., não se admite à Administração contratar serviços ou produtos sem a observância de expressas regras. Então, mesmo que a aquisição direta ou imediata de um dado produto seja menos onerosa, mais célere, e prefigure ótimos resultados à Administração, ainda assim, a obtenção da eficiência (alcance de maiores resultados, com menores custos) não seria por tal modo consentida, vez que a eficiência administrativa, antes de ser econômica, é jurídica e moral e como tal deverá ser perseguida.

inteligência assentava-se na *summa divisio* romana criada pelo jurisconsulto Ulpiano e sintetizada por Justiniano na fórmula *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*¹⁰⁷ (Digesto, de Justiniano, I, D.1.1.1.2), de modo que os romanos distinguiam o interesse público do privado com base no elemento finalístico. Assim, público era o interesse voltado à satisfação das necessidades da república romana, privado era aquele que atendia ao interesse do particular.

Houve tempo em que se buscou entender o interesse público com base na *titularidade* do interesse em questão, e, depois, com acento no *status* de *supremacia* imposto pela pessoa na relação jurídica. Tais critérios ruíram na medida em que o Estado veio, ao longo do tempo, ora abraçando infinita gama de atividades, de natureza e função vária, ora delas se isentando.¹⁰⁸

Veja que o termo *interesse* tem como base opções, juízos, valores. Os interesses em geral, uma vez recolhidos pelo legislador e juridicizados, tornam-se, assim, *interesses jurídicos*, ou seja, tutelados pelo Estado. E, quando um determinado interesse alberga comando pertinente ao conjunto da sociedade, diz-se haver *interesse público*. Tal qualificação imprime-lhe natureza de

¹⁰⁷ *Digesto de Justiniano, liber primus - Introdução ao direito romano*. Tradução de Hécio França Madeira, 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

¹⁰⁸ A Carta Política de 1988 introduziu significativas alterações no que concerne à realização do interesse público contido em variadas atividades outrora incumbidas solitariamente ao Estado. Trata-se dos serviços de educação, saúde, assistência social, proteção ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, atividades para as quais ora se deseja e requer a *colaboração da comunidade* organizada através de conselhos, ou, ainda, a atuação de organizações sociais privadas gestoras de certos interesses públicos, assim reconhecidas em lei. É o que dispõem os artigos 197 e 198, III; o art. 204, I; art. 205 e 206, VI; art. 225; art. 227, § 1º, todos da Constituição da República, e a Lei n. 9.637, de 15.05.1998 que dispõe sobre a qualificação de entidades como *organizações sociais*, bem assim a Lei n. 9.760, de 23.03.1999 que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como *organizações da sociedade civil de interesse público*. Assomam-se ainda ao quadro descrito os conceitos de *interesses coletivos e difusos* recentemente desenvolvidos no ordenamento os quais ampliam a complexidade conceitual do tema.

indisponibilidade ou intransigibilidade pelos agentes que os *detêm* (veja-se que o verbo é *deter*). Nas palavras do professor Moreira Neto (2002:548), quando as expressões políticas do interesse público se positivam juridicamente "sua expressão torna-se paradigmática e mandamental, *de modo que a lei, e apenas ela, passa a ser a definição incontestável e inviolável do interesse público*". Por esse viés, o princípio denota o seu lastro político-social: o interesse eleito pelo legislador como *interesse público* é aquele que serve aos anseios da sociedade em um dado momento, de modo que dele não pode o administrador abrir mão, nem sobre ele transigir em hipótese alguma.¹⁰⁹

Refugiando de maiores inflexões, o inolvidável professor Hely Lopes Meirelles identificava o *interesse público* aos *finis* a serem perseguidos pela Administração Pública, resumindo-lhe na busca do "bem comum da coletividade administrada". O interesse público, dizia, "são as aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros". (Meirelles, 1990:81).

Em igual direção defendia Themístocles Brandão Cavalcanti, há cerca de meio século, que a vocação dos governantes, agentes e concessionários do serviço público consiste em organizar e prestar serviços "de modo a satisfazer o bem-

¹⁰⁹ Como alhures dito, é impossível abordar a reforma sem tocar em questões de cunho propriamente político, haja vista que a reforma é um evento político. Sem destoar do foco central deste trabalho, destaque-se apenas que ao se refletir sobre o evento reformador, especialmente sobre a privatização, algumas questões insistem por vir à tona. Embora consentida no ordenamento pelas respectivas Emendas Constitucionais, portanto *juridicamente legitimada*, urge indagar se a privatização, v.g. do setor de telecomunicações, concretizou o interesse público ou se apenas *serviu* (no sentido literal da palavra, de servidão, do lat. *servus*) a interesses alienígenas, de grandes corporações, impostos ao Estado Nacional. Enfim, terá sido socialmente legítima a privatização de alguns setores? Terá o constituinte derivado ouvido a sociedade organizada a respeito? Quais são os efeitos sensíveis das privatizações? As privatizações minoraram o agudíssimo quadro da dívida pública?

estar material, moral e intelectual dos indivíduos e administrados", visão integralmente válida para os dias de hoje.¹¹⁰ Enfim, descartadas eventuais discrepâncias sobre o conteúdo do "*interesse público*", a doutrina de Moreira Neto (2000:548) admite sê-lo o que se consagra na Constituição, donde a importância da atividade política constituinte, expressão - *ou não* - dos genuínos anseios da sociedade.

Assim, quando a Administração "*elege*" a eficiência como meta – o que soa paradoxal, posto ser inconcebível que o Estado não nasça orientado a essa finalidade – e se põe a avaliar o desempenho de seus servidores pretende, com essa ação, manifestar-se diante dos administrados através do melhor padrão de qualidade possível. Desse modo, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público proíbe-se à autoridade administrativa omitir-se quanto a providências relevantes ao atendimento do interesse público a ser concretizado na avaliação - e eventual responsabilização – do servidor ineficiente.

É nesse sentido que se ata ainda o dever da eficiência ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Lançando mão da conhecida expressão de Ruy Cirne de Lima, para quem "a Administração é atividade do que não é senhor absoluto", diga-se que ao administrador se proíbe, em toda e qualquer atuação, transigir sobre o interesse público, seja aquele interesse

¹¹⁰ Na mesma inspiração, Celso Antônio Bandeira de Melo assevera que "os interesses secundários do Estado (ou seja, aqueles concernentes ao Estado em si), só podem ser satisfeitos quando coincidirem com os interesses primários", isto é, com aqueles pertinentes à sociedade em geral, assim consagrados no ordenamento. MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 1999, p.58. Ali ensina que o agente público é *detentor de função*, o que significa dizer que detém apenas poderes-deveres de agir *alieno nomine*, em nome e benefício alheios, de modo que ao exercerem função fazem-no para atender ao interesse da coletividade, e não o interesse do organismo estatal, "e muito menos o dos agentes estatais".

especificamente delimitado na lei, seja aquele *genericamente* imposto à Administração, como o é o princípio da eficiência - art. 37, *caput*, CR. Então, uma vez existente um *interesse público genérico da eficiência*, é de exigir-se dos agentes públicos a prestação **eficaz e eficiente** de serviços, ou seja, prestações capazes alterar dada realidade positivamente (resultado-*eficácia*) e produzidas com menor custo de tempo e recursos possível (resultado-*eficiência*, ou otimização dos meios).

Como se percebe, o conteúdo da expressão depende não apenas das circunstâncias de espaço e tempo, mas também do regime político adotado. Por tais razões, será preciso renunciar à intenção de se criar uma cartesiana *idéia clara e distinta*, sobre a expressão *interesse público*, de modo que a identificação da natureza do interesse será feita pela *predominância*, e não pela *exclusividade* do interesse em questão, visão que torna possível aproximar do sentido de tão controversa expressão.^{111 112}

¹¹¹ Conforme dito alhures, como ocorre em todos os aspectos da experiência humana, também ao jurista contemporâneo impõe-se a capacidade de manipular sempre o que é provisório. Assim a vida, as leis e o Direito. Na dinâmica do mundo hodierno, complexo e multicontextual, urge reconhecer a provisoriedade dos conceitos, situação que demanda incessante aplicação intelectual do jurista, haja vista que a apreensão de qualquer categoria conceitual, quando possível, conterà sempre, e obviamente, aspectos transitórios, como de resto o é a vida dos sujeitos e das instituições.

¹¹² Efetivamente, a relatividade das categorias do Direito Administrativo é inequívoca, sobretudo porque a vida administrativa é aquela que mais se submete às intempéries sociais e econômicas. Themístocles B. Cavalcanti, com acento nas lições de Duguit, revela ser impossível fixar categorias eternas sobre os conceitos administrativos. Operando recorte do mestre francês sobre o capital conceitual de *serviço público*, diz: “Quelles sont les activités dont l’accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation? À cette question on ne peut point faire une réponse fixe. Il y a là quelque chose d’essentiellement variable, d’évolutif au premier degré. (...) Tout ce que l’on peut dire, c’est que à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augment, et que le nombre des services s’accroît par là même.(...) Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l’intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente, parce qu’elle seule peut réaliser ce qu’est la civilisation”. In: *Les transformations du droit public*, p. 47.

Poder-se-ia sintetizar o interesse público como sendo aquele interesse posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, tendo por significação a idéia de *interesse geral*, da sociedade ou, ainda, como acrescem outros, em inspiração ética e de berço aristotélico, a perseguição do ***bem comum***¹¹³. Em conseqüência, no que concerne especificamente às atividades e aos serviços públicos, a sociedade brasileira aspira a obter a máxima qualidade ou eficiência na prestação dos mesmos, tratando-se, pois, de um **direito subjetivo público** incidente sobre um bem jurídico adotado como *interesse público indisponível*, de sorte que pela avaliação de desempenho se pretende dar efetividade a tal interesse.

3.3.5- Eficiência e princípio da legitimidade das ações administrativas

Sobre a interface da legitimidade com a eficiência, oportuna é novamente a lição de Moreira Neto (2000:81), *verbis*:

"... É essa *vontade geral popular*, em última análise, a *definitória dos interesses públicos*, que deve ser atendida pela ação do Estado, especialmente, em sua ação administrativa", de modo que o princípio da legitimidade informa, "no campo do Direito Administrativo, importantes outros princípios como os da finalidade, da discricionariedade e da razoabilidade".

¹¹³ Numa das passagens da *Ética à Nicômaco* Aristóteles ensina que a *práxis* humana primordial – ou seja, a ação voluntária de um agente racional em vista de um fim considerado bom – é a atividade política. Para ele, a Política se serve das outras ciências práticas e legisla sobre o que é preciso fazer e do que é preciso abster-se; assim sendo, o fim buscado por ela deve englobar os fins de todas as outras, donde se conclui que o fim da política é o bem propriamente humano. Na linha deontológica típica da política grega, ensina o estagirita que o bem comum, da *polis*, deve sempre suplantiar o individual pois nisso consistiria a ordem política justa.

Em consequência dessa visão, pelo princípio da *legitimidade* torna-se possível averiguar os caminhos ou descaminhos da reforma administrativo-estatal em relação ao clamor das necessidades sociais cuja força decorre do *princípio democrático* inserto no § único, do art. 1º da Constituição Federal. Noutros termos: a questão da *legitimidade* reporta-se, enfim, à medida do exercício democrático praticado na sociedade. No Estado Democrático de Direito, a *vontade democraticamente definida* (legitimidade) e a *vontade juridicamente positivada* (legalidade) devem plasmar as *expressões políticas, administrativas e judiciárias* manifestas pelo Estado. Portanto, a atenção aos macrointeresses ou aos *interesses gerais* da sociedade - em transcendência à miríade dos interesses categoriais e particularistas - é que definem a legitimidade da ação político-governamental. Nisso residirá o equilíbrio legitimatório do agir estatal em sua dupla dimensão: a *técnico-administrativa* e a *político-governamental*.

Em reiteração, nos tempos atuais não pode haver conduta mais legítima do que a busca da eficiência administrativa. O cidadão brasileiro, financiador do Estado, reclama não somente a presença estatal, mas a sua presença **eficiente**, de sorte que, também pelo viés da legitimidade, o desiderato da avaliação de desempenho é igualmente imprescindível.

3.3.6- Eficiência e processo disciplinar de avaliação de desempenho.

No processo disciplinar de avaliação de desempenho o princípio da eficiência terá dupla função. Ao mesmo tempo em que informará a ação investigativa do desempenho, ensejará, pela mesma medida, a proteção do servidor: a busca

da *boa administração ou da eficiência de desempenho* que se impõe como **dever** ao administrador público erige-se como **direito** do servidor a que a providência administrativa incidente sobre o seu patrimônio jurídico esteja a ela (eficiência) ajustada. Ao servidor caberá, então, invocar a aplicação do mesmo parâmetro da eficiência para livrar-se de ações abusivas, desviantes.

Uma vez que se estará no processo avaliatório a lidar com a possibilidade da perda de direitos (direito ao emprego, amparado pela estabilidade no serviço; direito a ser *juizado* com a objetividade e a imparcialidade próprias ao devido processo legal) a ação administrativa que venha contornar a legalidade ou a concreção do ótimo administrativo estará a ferir direito subjetivo do servidor de ver cumprido o dever da eficiência no processo que o avalia. Então, como mecanismo de verificação da adequabilidade ou não do exercício disciplinar da eficiência, restará ao avaliando o recurso à investigação da conduta administrativa mediante o seu contraste ao aludido **dever jurídico** imposto à Administração. Ao Poder Judiciário competirá proceder a tal investigação.¹¹⁴

¹¹⁴ Acerca do controle do exercício do poder disciplinar da eficiência de desempenho, vide capítulo 6, em especial o item 2.1.3.

4- AVALIAÇÃO E CULTURA: OS DESAFIOS À IMPLANTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“Toda revolução que não atinge os costumes e as idéias fracassa”. Chateaubriand, escritor francês, século XIX.

1- Introdução

O fenômeno da avaliação, qualquer que seja o seu objeto, não surge nem ocorre *in abstractu*, mas decorre das exigências da sociedade em que se situa. Também a **avaliação de desempenho** será delimitada, na teoria e na prática, por um modelo de sociedade, de Estado e de Administração Pública veiculado em práticas jurídico-administrativas concretas e obedientes aos ditames da *reforma administrativa*.

Como alhures se referiu, transcorridos quase cinco anos da promulgação da EC n. 19, muito do que se pretendia com a reforma administrativa mal saiu do papel. À verborrêia que a anunciou sucedeu pesado silêncio imposto pela aglutinação dos interesses corporativos, bem ainda pela ausência de efetiva capacidade político-governamental para efetivar determinados institutos. Desse modo, a lentidão que se verifica na consumação do teto remuneratório, na criação dos *conselhos* de política de administração e remuneração de pessoal e na própria aprovação e regulamentação da avaliação de desempenho revela que não muitas alterações foram introduzidas na Administração Pública nacional.

As razões para tal letargia são variadas. Além de barreiras de natureza política, as pretendidas mudanças encontram significativa resistência na *cultura administrativa* cujo conservadorismo – assentado na autocracia dos dirigentes e na adoção de práticas altamente opositoras a mudanças – volta-se, pois, à manutenção do atual *status quo* administrativo. Nessa direção, particularmente importante é a influência cultural sentida no curioso fenômeno das "leis que não pegam", de sorte que até mesmo leis bem intencionadas e bem elaboradas costumam ter curta ou nenhuma vida por força de sua rejeição cultural.

A implantação da avaliação de desempenho, porque enredada em forte elemento cultural, enfrentará dificuldades que transcenderão a querelas políticas ou ideológicas. Por isso, aqui se procederá a uma fenomenologia da avaliação dentro do universo cultural humano no que reporta à sua gênese na cultura ocidental e, necessariamente, na cultura brasileira. Assim, neste capítulo o tema *in genere* tratado será o da avaliação, oportunidade em que serão expendidas considerações auxiliares à **inteligência da específica questão da avaliação de desempenho no serviço público.**

Preliminarmente, importa reiterar, sobretudo em face daqueles leitores de espírito marcadamente pragmático, que as abordagens histórico-filosóficas aqui tecidas, longe de revelarem-se mero enlevo acadêmico, são necessárias porquanto almejam tão-somente inserir a temática da avaliação em adequado ambiente cultural e conceitual. Tal metodologia tem como meta buscar as profundas raízes do fenômeno avaliativo, com vistas a facilitar a compreensão

das reais circunstâncias e a superação das dificuldades que envolverão a implantação da avaliação de desempenho do servidor público.

Uma outra razão à digressão abaixo poderá ainda ser buscada na imperiosa necessidade de se combater o pragmático simplismo que ameaça ruir sobre a reflexão acadêmica, ora dedicada muito mais ao adestramento da inteligência-consciência mediante o ensino de técnicas, do que à educação do espírito intelectual e criativo de gerações inteiras. Assim, a *teorização* feita acerca dos fundamentos da avaliação constitui tarefa essencial à futura *prática* do instituto. Vale dizer: pretende-se unificar teoria e prática haja vista que, nas palavras de Konder (1992:48), “práxis e teoria são interligadas, interdependentes. A teoria é um momento necessário da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, ‘abstratas’ (...). A práxis é a atividade que, para se tornar mais humana, precisa ser realizada por um sujeito mais livre e mais consciente. Quer dizer: é a atividade que precisa da teoria”.¹¹⁵

Portanto, a digressão almeja contrariar essa tendência simplificadora da práxis educativa que resulta na indução de comportamentos preconcebidos, na consolidação de estereótipos gestados pelo ensino de respostas herméticas e acabadas, práticas que inibem a capacidade reflexiva do disciplinado e lhe impedem, pois, de alcançar a tão necessária e fecunda autonomia intelectual. Portanto, contrariando referida tendência, e na convicção de que a busca dos

¹¹⁵ KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis – o pensamento de Marx no século XXI*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

fundamentos ou da *ratio essendi* das coisas constitui tarefa imprescindível à compreensão-transformação do mundo, é que se propõem as lições que abaixo seguem.

2 – A ontogênese do fenômeno avaliativo

O universo humano é o universo do símbolo, da linguagem, da representação produzida pela racionalidade humana. O homem é *zoon logikón*, na autêntica expressão socrática. Ao *re-fletir*, ao voltar-se para a própria experiência pessoal e coletiva e pensar a sua intervenção no mundo, o homem adquire *con-sciência*, avalia, julga e sabe-se um ser que erra, tornando-se, assim, capaz de redirecionar as suas intervenções na realidade. Portanto, simultaneamente à premissa de sua inerencial consciência reflexiva, emerge outra correlata: a insopitável vocação para constantemente *avaliar ou julgar* sua intervenção no mundo, intervenção sobejamente feita através do trabalho. Noutros termos, o *ser* consciente é *ser* moral. É ser que julga a realidade com base nas representações pessoais hauridas e plasmadas na vida em sociedade, na *vida da cultura*.

Como indicam as ciências culturais, o *homo sapiens* já representava primitivamente a si e ao mundo circundante através da linguagem mítica. E o mito, sabe-se, apreende o que há de profundo na existência, constitui-se modalidade inaugural, primitiva, de discurso sobre a realidade dos homens.

Enfim, o homem tecedor de juízos e doador de sentidos à realidade, é um julgador, de modo que o *homo sapiens* é coetâneo ao *homo iudex*.¹¹⁶

É consagrado que os milenares relatos mitológicos judaico-cristãos vincularam toda a vida cultural do ocidente. E a ancestralidade do fenômeno avaliativo pode ser buscada no mito criacionista hebreu, datado de cerca de 1.000 anos a.C e relatado no livro bíblico do Gênesis, mito ao qual ata-se a cultura ocidental. Diz essa narrativa que o Criador, após encerrar as tarefas da criação, *contemplou* o resultado de seu ato e sobre ele deu parecer, consolidando, assim, um dos primeiros atos de *controle de qualidade* de que se tem notícia ou, noutros termos, a primordial *avaliação de desempenho* da humanidade. Diz o texto que após criar todos os seres existentes, aí o homem, o Criador, contemplou a criatura, avaliou-a e ao próprio desempenho, assim: *“Deus contemplou toda a sua obra e viu que tudo era muito bom”*.

Ainda valendo-se da força da linguagem *universal*, outro ilustrativo ato de avaliação pode ser encontrado no Novo Testamento, precisamente no evangelho de Mateus, na passagem chamada *parábola dos talentos*. Ali se relata que um senhor, ausentando-se da gerência de seus interesses, delega-os à gestão de outrem. Para tanto, distribui os próprios *talentos* ou recursos entre seus servos para que deles cuidassem até seu retorno. De regresso,

¹¹⁶ Neste trabalho coaduna-se à visão da filósofa Marilena Chauí sobre o sentido do termo mito. Para a professora o mito pode ser apreendido em três sentidos: a) no sentido etimológico, como sendo “a narração pública de feitos lendários da humanidade” (mythos, do grego). b) na acepção antropológica, ou seja, como “solução imaginária para tensões, conflitos e contradições que não encontram caminhos para serem resolvidos no nível da realidade, c) no sentido psicanalítico, a saber, “como impulso à repetição de algo imaginário, que cria um bloqueio à percepção da realidade e impede de lidar com ela”. No texto prevalecerão essas duas últimas acepções.

convoca os servos à prestação de contas, avaliando-os quanto aos respectivos desempenhos. Ao cabo da avaliação, reconhece a rentabilidade dos serviços de todos, à exceção de um que, amedrontado e sem iniciativa, não investira os talentos, acomodando-se tão-só em conservar o que exatamente havia recebido. Essa conduta do servo atraiu a irascível desaprovação do senhor.¹¹⁷

Tais relatos demonstram a cotidianidade do ato avaliativo na experiência humana, de sorte que em todo instante o ser humano emite juízos de realidade ou de valor, implícitos ou explícitos, sobre a cotidiana existência. Vale dizer: diante da vida e de seus fenômenos a neutralidade é onticamente impossível. E mais: o exercício de atos de avaliação ou juízo possibilita ao homem lidar com a realidade que o envolve, exercendo assim *atos de controle* sobre a mesma, acorde às suas necessidades. Desta feita, ***atos de juízo são, na realidade, atos de controle, atos de auto e heterocontrole.*** Ao escapar do determinismo do ambiente e com ele inaugurar relações, ao sopesar os elementos da experiência de modo a exercer o arbítrio entre a diversidade fenomênica, o homem revela a sua ôntica posição: juiz diante dos fatos e da vida.

Assentadas as raízes antropológicas do fenômeno avaliatório, releva aproximar do sentido etmológico contido no vocábulo avaliar. Avaliar é vocábulo com etmo em *valer*, cujo sentido é *ter valor, custar*, raiz presente nos vocábulos cognatos *avaliação, valioso, válido*. *Valor*, por sua vez, significa *audácia, vigor*,

¹¹⁷ BÍBLIA sagrada. N.T. *Mateus*. São Paulo: Ed. Loyola. 1995. p. 1225.

*mérito, importância, preço.*¹¹⁸ Assim, avaliação consiste em verificar o valor de algo mediante o *vigor* de sua manifestação ou em apreciar o *mérito* de algo.

A reforma administrativa pretendeu instaurar o governo do mérito na Administração estatal, o império da meritocracia. Para os seus mentores, quanto maior a proximidade do agir do servidor em face do interesse público, maior o seu *vigor*, o seu *valor*. Assim, **avaliar a ação** (avaliação, o trocadilho é inevitável!) *ou o desempenho* consistirá em verificar, em apreciar e atribuir o *quantum* de sua importância ou seu *mérito* para a satisfação dos fins do Estado.

3- Fundamentos mitológicos da realidade e moldura da avaliação

O sentido atribuído à realidade é um constructo humano, é espelho do universo cultural, das representações psíquicas. Para amenizar sua ontológica angústia diante do complexo existir, o homem cria narrativas totalizantes destinadas a aplacar a indominância do mundo: assim surgem os relatos míticos.¹¹⁹

Segundo a Antropologia, todas as crenças e atividades humanas retratam uma mitologia subjacente, encobrem metáforas que dão forma a fantasias e a paradigmas que influenciam profundamente todos os aspectos da vida

¹¹⁸ AVALIAÇÃO. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira. 1986. p. 809.

¹¹⁹ Acerca da estrutura, do funcionamento e da influência dos mitos sobre as experiências humanas, vide ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Tradução de Pola Civelli. Editora Perspectiva: São Paulo, 1972.

humana. Os mitos têm força suficiente a determinar atitudes acerca da realidade e dos próprios homens: bem e mal, normalidade e anormalidade, fato e ficção, justiça e injustiça, beleza e feiúra, poder e impotência, são, todas, representações fecundas de componentes míticos. Desse modo, resta impossível escapar à constatação de que significativos aspectos da vida cotidiana alicerçam-se em visões míticas primitivas as quais, rasgando os séculos, formam o núcleo e a essência de variados comportamentos atuais, mesmo que disso não se tenha plena consciência. Trata-se do que justamente ocorre com o fenômeno da **avaliação** cujas primitivas representações ainda agora **constituem o núcleo das práticas avaliativas aplicadas nas organizações públicas e privadas.**

3.1- A influência das primeiras civilizações

A base cultural do ato avaliativo deve ser buscada em remotas representações, a começar pela antiga cosmogonia persa intitulada zoroastrismo, coligida entre os séculos 226-641 d.C.

A mitologia persa constituiu a base das representações religiosas posteriormente adotadas por três grandes e influentes crenças mundiais: o judaísmo, o muçulmanismo e o cristianismo. O gênesis persa revela um pessimismo absoluto acerca das coisas: introduz a corrupção da matéria, da natureza e do mundo. Marca-se pelo dualismo cósmico, pelo inconciliável conflito entre forças do bem e do mal, entre luz e trevas, entre corpo e alma.

Também na Pérsia, e sob provável influência dessa cosmogonia relatada, surgiu a doutrina maniqueísta, fundada por Manes no século III a.C. O maniqueísmo acreditava na existência de dois princípios cardeais regedores do universo, ambos em irrefutável conflito: a bondade de deus e a maldade da matéria. Seus seguidores viam na matéria a fonte do desvio, da concupiscência, de sorte que o objetivo dessa doutrina consistia em libertar a alma do corpo, através de severo ascetismo.

Mesmo após o declínio da seita maniqueísta, a cristandade perpetuou suas idéias pessimistas, sobretudo por ocasião da interpretação dos três primeiros capítulos do Livro do Gênesis. Esses, por sua vez, assimilaram a noção tipicamente maniqueísta de *mundo corrupto*, de modo que o negativismo existencial continuaria a orientar a condução da humanidade durante muitos séculos.

Acorde à narrativa bíblica, toda a humanidade nascera contaminada pelo pecado e culpa primitivas, crença que se alastrou pelas relações intersubjetivas, tornando comum atitudes de auto e hetero julgamento/ punição pelos erros cometidos nas várias situações da vida. Assim prevaleceu a partir do surgimento da cristandade ocidental na antiga Roma e assim se cristalizaria com a definitiva interpretação dualista do mundo efetuada pela filosofia agostiniana no século V d.C e pela marcante presença do neoplatonismo contido no pensamento de Santo Tomás de Aquino, a partir do século XII.

Fato é que a ulterior difusão das idéias cristãs viria marcar profundamente os juízos ou a interpretação humana acerca da existência. Durante muito tempo, toda a vida social enredou-se em esquemas conceituais religiosos e *totalizantes* sobre a inteligência do mundo. Essa ótica da *experiência humana* dificultaria, por séculos afora, o enfrentamento da realidade com base em lentes racionais e objetivas. Então, calcado em esquemas dicotômicos, inconciliáveis e negativamente moralizantes, o homem ocidental costurou toda a sua relação com a realidade.

4- Os paradigmas históricos da avaliação e seus efeitos sobre a avaliação de desempenho na Administração Pública.

Uma vez assente o caráter fundamental da ação avaliativa bem como os elementos mítico-culturais em que ela fora gestada, impõe demonstrar que a quase totalidade das práticas de avaliação hoje feitas insiste em obedecer a elementos autoritários e à *pesquisa da culpa*, fato que as torna enrijecedora da criatividade e da eficiência dos avaliados, induzindo, com isso, a ações mecânicas, improdutivas e ineficazes.

Referida demonstração será feita em *recortes* históricos, razão pela qual há que se alertar para o risco da simplificação, porquanto se alçará vôo sobre seculares processos culturais. Mesmo ciente desse risco, se buscará pontuar – haja vista o escopo essencialmente jurídico deste estudo – aqueles traços culturais que marcaram a avaliação da conduta subjetiva durante os múltiplos espaços-tempos da História. Pretende-se com esse procedimento aclarar – para eventualmente solver - as razões do mal-estar que envolve tanto avaliadores quanto avaliados em concreta situação de avaliação. Nessa empreitada, serão olvidadas eventuais polêmicas acerca das questões historiográficas trazidas à lume. Interessará, especificamente, apreender, com base na experiência de povos dos quais a cultura nacional é legatária, as reminiscências culturais que circundam e envolvem o **processo de avaliação** no que concerne à avaliação de pessoas por ocasião de seu envolvimento em processos sociais como a produção da sobrevivência (trabalho) e a aprendizagem (escola). Desse modo, a exposição que segue demonstrará

quão complexa será a tarefa de se implantar eficaz processo de avaliação de desempenho na Administração Pública.

4.1.- Na antiguidade greco-romana.

Na cultura romana, os atos de juízo ou de avaliação eram atos excelentemente autoritários e excludentes porque derivavam do supremo poder do *paterfamilias*, ascendente masculino prevalecente sobre certo agrupamento familiar, a quem cabia emitir amplo e incontestado juízo acerca da conduta de seus subordinados: a mulher, os filhos, os clientes e os escravos. Naquela cultura, os juízos ou avaliações tinham o poder de produzir terríveis resultados sobre os subordinados, tais como a deserção, a redução à escravidão e até mesmo a morte. Os atos de avaliação ou juízo encerravam irrecorríveis decisões sobre o destino dos que a eles se submetiam. Era ato soberano e incompartilhado, de sorte que dele apenas o *pater* participava, cujos poderes na esfera doméstica reproduziam o ilimitado poder real sobre toda a sociedade.¹²⁰

Na educação romana praticada nas primeiras escolas, surgidas a partir do século IV a C e destinadas aos infantes (escolas do *ludi magister*), os métodos de avaliação inspiravam sentimentos nada positivos. Naquelas escolas, a aplicação de castigos físicos, prática fartamente aceita, era usada como forma

¹²⁰ Bastante ilustrativa da vida cultural e jurídica da romanidade – e sua inequívoca influência em toda a cultura ocidental – é a obra do historiador Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, editada pela Martins Fontes.

de melhorar o desempenho dos alunos e a avaliação era instrumento que suportava a adoção de medidas punitivas¹²¹.

Já na cultura grega clássica, o ato de avaliar adquiriu amplas matizes. Compreendia a verificação de variadas qualidades do aprendiz, aí compreendidas a virtude da coragem, a habilidade física, a retórica, as artes e a gramática. A *paidéia* grega, voltada à formação integral do homem, adquiriu especial relevo com o método socrático de produção e verificação da aprendizagem, a *maieutica*, método que consistia em *dar à luz* novas idéias, por meio de juízos, pareceres e opiniões extraídos da consciência dos avaliados, dos aprendizes. Embora nada tenha escrito, Sócrates (469-399 a.C) muito ensinou. Concebia a aquisição do conhecimento e a sua avaliação como derivação do diálogo e do intercâmbio entre educando e preceptor, fruto, sobretudo, da auto-reflexão - pedagogia expressa na máxima "conhece-se-te a ti mesmo" (*gnose seauton*). Da pedagogia socrática infere-se que o processo educação-avaliação consistia em desenvolver a capacidade reflexiva, de autoconhecimento e re-conhecimento da própria ignorância, do não-saber como condição ao próprio fluir do conhecimento. Nesse paradigma, o erro - futuramente tornado infecundo, porque visto como fonte de castigo - era visto como fonte de virtude, a virtude do conhecimento, vale dizer: a consciência do erro possibilita aprendizagens. A avaliação, sob essa ótica, consistia em oportunizar condições reflexivas capazes de identificar o erro e a partir dele

¹²¹ Numa das conhecidas passagens de autoria do orador espanhol Quintiliano (*De Institutione Oratória*), defendia-se a utilização de variados métodos de ensino, cuja eleição deveria ser feita conforme a personalidade do discípulo. Entre os "métodos pedagógicos", adotava-se o uso da violência e do medo como recursos capazes de produzir aprendizagens.

aprender ou reaprender. Trata-se, como se vê, de concepção radicalmente oposta àquela que adiante de desenharia.

Trilhando caminho inverso ao seu mestre, Platão inaugurou a pedagogia do ascetismo a qual marcaria a visão do conhecimento e dos processos de avaliação concebidos no mundo ocidental. Na epistemologia platônica avaliar significa verificar o esforço ascético do sujeito cognoscente na busca da *Verdade Essencial*, da *Idéia Suprema* ou do *Bem* que reside no *Mundo Ideal*. Em Platão a verdade é pressuposta, concebida *a priori*.

A cosmologia de Platão é dualista, cinde o universo em dois pólos inconciliáveis: de um lado, o *mundo das idéias*, *habitat* das essências imutáveis ou arquétipos ideais das coisas, no qual se produz o autêntico conhecimento (*episteme*), e, de outro, o *mundo dos fenômenos*, da experiência sensorial, reino das sombras ou cópias do mundo ideal, onde impera a mutabilidade que impressiona e confunde os sentidos, produzindo no espírito falsos conhecimentos ou opiniões (*doxa*). Em função das distintas posições, costuma-se dizer que Sócrates instituiria o intelectualismo ético, Platão o ascético, de sorte que aquele identificou sabedoria com virtude; esse, com sacrifício, com esforço por abandonar o falso conhecimento (*doxa*) que se funda no contato com os fenômenos captáveis pelos sentidos e produtores do conhecimento imperfeito a cujos grilhões somente escaparia o verdadeiro filósofo.

Na senda do maniqueísmo, a epistemologia platônica viria plasmar influentes dicotomias na cultura, tais como as categorias de corrupção *versus*

incorrupção, saber *versus* não-saber, bem *versus* mal, certo *versus* errado, culpa *versus* castigo, todas de certo modo ainda presentes no atual cenário das práticas avaliativas as quais persistem concebidas como sendo meios de apuração do *grau de corrupção do conhecimento* em face de um *ideal de conhecimento* projetado – e imposto, não negociado – ao avaliado pelo avaliador. Desta feita, o ato de avaliar, ao invés de tornar-se momento de diagnose e crescimento – que tanto pode ser de avaliador como do avaliado – resulta, assim, em experiência dolorosa, marcada por atroz, e improdutivo, sentimento de culpa e derrota.

4.2- Na Idade Média

Sobre as cinzas do Império Romano emergiu, no século V, o extenso período da história ocidental tardiamente batizado de Idade Média. Esse período assentou-se no exercício da autoridade de base teocrática e absoluta e fez surgir uma sociedade estamental, hierarquizada¹²² entre senhores e servos da gleba, sociedade na qual o poder de julgar emanava do poder econômico-religioso.¹²³ No feudo prevalecia a vontade arbitrária do suserano que detinha

¹²² Sabe-se que um dos pilares estruturantes da Administração Pública é a *organização hierárquica*. E hierarquia tem sentido primitivo de *ordenação de base sagrada*, ou ordenação da realidade determinada com base no princípio da autoridade divina, donde o seu caráter de imutabilidade e inviolabilidade. Derivado do grego, precisamente dos radicais, *hieros* = sagrado; *arquia* = ordem, o vocábulo traduz a idéia da inalterabilidade da ordem social estamental existente no período medieval porque ordenação feita segundo o desígnio sagrado. Veja que tamanha é a força da *idéia hierárquica* que ainda hoje é incomum que o subordinado contrarie a vontade do superior, mesmo quando ela se lhe pareça ilegítima. Lembre-se também que o modelo de gestão burocrático tem forte assento na hierarquia, na divisão de poderes/competências e no supremo dever da obediência.

¹²³ Importa considerar que naquele período a Igreja exercia omnímodos poderes sobre a vida cultural. Na esfera privada, através do mecanismo da confissão, esquadrihava cada mínima conduta do sujeito, inclusive a alcova. Na vida pública, as condutas, as manifestações comportamentais ou verbais eram policiadas por todos os fiéis à doutrina eclesiástica. Tamanha a capacidade do controle eclesiástico que mesmo a esposa, um amigo ou irmão poderia ser um denunciante de *crimes contra a fé*. Os clérigos

poderes de vida e morte sobre a vassalagem. Sobre ele, apenas o incontestável poder eclesial cujos mandamentos sagrados regiam as condutas privada, doméstica, familiar e social. O dualismo platônico remanesceria nas práticas avaliativas efetuadas nas escolas monacais, cujo expoente fora Santo Agostinho, bispo africano que viveu no século IV. Buscando conciliar fé e ciência, razão e religião, Agostinho deixou-se influenciar pelas idéias maniqueístas de Platão, impingindo à sua obra o clássico dualismo alhures explicitado, bem como o pessimismo relativo ao conhecimento e às suas formas de avaliação ou verificação. Assim, numa de suas principais obras, *De Civitate Dei*, traça a dualística cisão entre a cidade de Deus e a cidade dos homens.

Na Idade Média, e de um modo geral, todas as práticas que envolviam juízos sobre algo ou sobre outrem se achavam envoltas numa visão negativa do mundo, por força da herança platônica. Por força da cristandade, essa visão permaneceu vinculada ao binômio culpa-castigo e alimentada pelo poderoso mito bíblico da criação que ensina que Adão e Eva *pecaram, erraram* ao comer o fruto que lhes havia sido proibido. Pela desobediência, pelo *erro* cometido, lhes sobreveio o *juízo*, a *culpa/condenação* e o temível *castigo*: a expulsão do paraíso. Nessa trilha, durante os mil anos de Idade Média os julgamentos, exercidos com base na autoridade divina, destinaram-se à caça de *culpados* aos quais se impunham severíssimos castigos, inclusive a morte.

também desempenhavam esse papel, bem como o de organizar o julgamento dos heréticos. Portanto, a Igreja, como diz o cientista social Erving Goffman, na clássica obra *Manicômios, Prisões e Conventos*, Editora Perspectiva, 1961, funcionava como uma *instituição total*, ou seja, capaz de exercer absoluto controle sobre a vida dos sujeitos, revelando-se onisciente, onipresente e onipotente.

No que concerne especificamente à "avaliação", naquele cenário a desobediência à ordem ou a contestação do juízo ou da "avaliação" feita por quem detinha poderes para tanto vaticinava sentença de morte social ou física, quer mediante o anátema, quer pela decaptação, respectivamente. Isso porque a sociedade e o conjunto das relações interpessoais assentavam-se no princípio da autoridade sagrada, de modo que ninguém incorporava o poder por acaso, mas por desejo divino. Desrespeitar a autoridade, o poder constituído - a ordem ou *arché* - equivalia desconhecer o arquiteto do poder, Deus, o sagrado - *hieros*. Assim, os conflitos sociais eram julgados conforme crenças cristãs agregadas aos costumes locais oriundos da cultura dos povos bárbaros. Entre outros métodos de avaliação ou julgamento de pessoas, utilizavam-se os ordálios¹²⁴ ou juízos de Deus. Também os duelos entre indivíduos eram medida de avaliação de condutas.

Como se vê, o período medieval havia abandonado os traços de objetividade e racionalidade já aplicados no direito romano clássico no qual, a partir do século I da era cristã, já se aplicavam regras processuais (como o sistema *extra ordinem*) superadoras do subjetivismo peculiar à *ordo judiciorum privatorum* e ao princípio de talião. Em oposição a tais práticas, os julgamentos medievais

¹²⁴ Os ordálios eram cerimônias legadas pelos germanos às quais se submetia o suspeito, antes de ser exarada a sentença. Nelas eram utilizadas *provas de fogo* ou *de água*. A prova de fogo consistia em que, obrigado a segurar em suas nuas mãos objeto incandescente, o avaliado-acusado tinha depois enfaixada a sua mão. Após o decurso de breve tempo, acaso restasse não infecta a sua mão, ele seria absolvido, posto que Deus o haveria protegido. A prova de água consistia na imersão da mão do suspeito em água fervente. Após, acaso o membro ficasse intacto, inocentado seria o *testado* pela mesma razão mencionada. A justificação de tais cerimônias repousava na crença de que Deus protegeria o inocente, de modo que elas serviam a indicar a eleição divina pelo justo. Veja que o conceito de justiça nascia dos paradigmas teocráticos vigorantes no período medieval, de sorte que, dadas as condições de saúde e higiene de então, era absolutamente impossível existir inocentes naqueles *tribunais*.

alicerçaram-se, pois, em costumes, em uma subjetividade mítica, teocrática e absolutista.¹²⁵

Essas representações marcariam todo o devir da cultura ocidental, influenciando perversamente sobre o fenômeno avaliação, de modo que as práticas avaliativas imiscuíram-se em representações e juízos de base mítica sutilmente depositadas na consciência social. Assim, **atos de avaliação** converteram-se em **atos de julgamento** nos quais, para o **culpado**, não se prevê outra sanção senão o **castigo**. Experiências que seriam *experiências de avaliação* transmutaram-se em *experiências de julgamento* envolvendo categorias moralistas e moralizantes, expressas em conceitos como certo e errado, bem e mal, com fundamento na idéia da culpabilização. Não é por acaso que o verbo *julgar* e seus cognatos *julgamento*, *jugo*, *juízo*, (os mesmos vocábulos que a tradição bíblica secularmente assentou: o temor do *juízo final* e a corolária *condenação*), têm, na cultura ocidental, traço assaz negativo e atemorizante. E não sem razão: do resultado do julgamento surge o *culpado* (por que não o responsável?) ou o inocente. E, para o culpado, erige-se a pena da *aniquilação*, da negação – ora expressa pela demissão do trabalho.

Essa mitificação da realidade com referência no binômio culpa-castigo impele os sujeitos a se culparem uns aos outros nas variadas relações que

¹²⁵ Não bastassem os elementos de fundo cultural, a Psicanálise igualmente trata dos *riscos* que envolvem quaisquer processos avaliativos. O ex-discípulo de Sigmund Freud, o psicólogo Alfred Adler (1933-1991) sustentava, divergindo do mestre, que a busca da auto-imagem positiva, da auto-afirmação psíquica seria o móvel ou o instinto vital a explicar o desenvolvimento humano na luta pela afirmação e expansão do ego. Assim, remover ou evitar os obstáculos à afirmação do eu seria a função psíquica fundamental, e não a libido como sustentava Freud. Por essa visão, o motivo que atemorizaria os sujeitos quando submissos a processos de apreciação e juízos que se tecem nas relações interpessoais e sociais seria o receio da não-aceitação, da não afirmação, enfim, da morte simbólica.

estabelecem, de modo que uma situação-problema deixa de ser vista como um desafio, um momento de diagnose, de intro e prospecção – portanto requeredora de solução ou correção racional e objetiva - para, ao contrário, ser concebida como *um erro* (símile ao “pecado”, na visão mítica) *um ato de culpa*, atribuível a alguém ou a um grupo, para o qual surge o remédio da punição.

Ora, no ambiente das instituições essa perspectiva equivocada dos *problemas* produz significativos danos, haja vista que **o sentimento de culpa é auto e heterolimitativo**. Procedendo-se à verificação dos fatos ou dos problemas organizacionais dentro dos obscuros limites da irracionalidade em que o *erro* é visto como fonte de castigo, de expiação da culpa ou um *des-vio* a ser corrigido, pouco ou nada se produz de eficiente. Porém, assim rezou, e reza, a cartilha cultural.

Como resultado desse estado de coisas, ninguém deseja ser *juogado-avaliado* pelo que faz, ainda que sabidamente “inocente” da imputação que se lhe atribui. Exorciza-se a “avaliação” de quem quer que provenha, porque se teme a condenação que a acompanha.¹²⁶ Enfim, a dificuldade por lidar com a questão da avaliação resulta, concretamente, na dificuldade por enxergar a realidade em sua explícita nudez. É o que ocorre na Administração Pública

¹²⁶ Efetivamente, haverá quem não tema a condenação e o castigo? Castigo físico ou mesmo intelectual, materializados quer pela dor física, quer pelo sofrimento social causado pelo não-reconhecimento, pelo ostracismo? A história revela ilustres episódios em que o receio prevaleceu aos ansios. Não fora em vão que grandes pensadores da humanidade recolheram suas idéias ao recôndito da alma sob o medo de perecerem sob a “avaliação” da Inquisição. (rememore-se a condenação de Galileu Galilei, século, XVII, e o seu *recuo teórico* na defesa do heliocentrismo copernicano). Salvar corpo, a “Grande Razão”, e as idéias que dele brotam. Evitar o temível castigo: eis o móvel que conduziu vários cientistas os quais preferiram, com inigualável sabedoria, renunciar à paixão cultivada pelas suas teses, a perecer no fogo inquisitorial.

quando se busca camuflar ou postergar o enfrentamento de seus reais desafios.

4.3- Na Renascença

Significativas alterações na vida econômica e cultural viriam marcar o declínio do período medieval. A partir da Renascença, entre os séculos XV e XVI, a retomada da cultura greco-romana seria fator fundamental para a alteração do paradigma totalizante até então prevalecente. Surgiriam as corporações de ofício, espécie embrionária das atuais autarquias profissionais, as quais agremiavam variados afazeres e para cujo ingresso se requeria concorrido processo de avaliação no qual o postulante deveria demonstrar suficiente capacidade técnica na produção de *obra-prima* de sua *especialidade*. Com o tempo, porém, de entidades abertas se transformaram em entidades extremamente fechadas. O processo de avaliação nelas praticado passou a excluir significativa parcela de aprendizes, de sorte que, desvirtuando-se, as Corporações passariam a admitir somente os filhos dos mestres enriquecidos, marginalizando os oficiais mais pobres. Assim, nas corporações, o processo de avaliação era essencialmente excludente.

Naquele período, a filosofia grega continuaria a exercer fascínio sobre os pensadores cristãos. Em fins da Idade Média, no século XIII, outra figura exponencial abraçaria as teses gregas, porém agora as de Aristóteles, na busca de simetrizá-las à ortodoxia cristã: São Tomás de Aquino, representante da Escolástica. O frade dominicano retomaria a concepção teocrática do

conhecimento, ao sustentar que no reconhecimento da autoridade divina é que todo conhecer se assenta, porque *somente Deus ensina e deve ser chamado mestre*.

A exacerbação do *princípio da autoridade* como fundamento e critério de *avaliação da verdade* será o eixo central da Escolástica, o que produziu o engessamento do pensamento crítico-científico. Tamanha a força daquele princípio que as *universitas* surgidas a partir do século XII, sob inspiração e impulso eclesiástico, somente nos séculos posteriores se libertariam do jugo teologal, da pesquisa da fé. Assim, durante muitos séculos tomar parte de um processo de avaliação consistia em submeter-se a um temível processo de investigação e controle sobre verdades absolutas, eternas e imutáveis: as *verdades da fé*, risco a que poucos se submetiam.

Na renascença, as primeiras racionalizações sistematizadas sobre processos e práticas avaliativas surgiram na esfera da Educação, com o trabalho da Companhia de Jesus, no séc. XVI. Os Jesuítas centravam especial atenção no ritual de avaliações, usado como meio de controle da prática educativa: um verdadeiro processo de adestramento, quer dos preceptores, quer do disciplinado. Para tanto, os instrumentos adotados eram as provas e exames, solenes ocasiões nas quais constituíam-se "bancas examinadoras e procedimentos destinados à comunicação pública de resultados"¹²⁷. O rigorismo do ensino jesuítico explicava-se em face da necessidade de se

¹²⁷ MESNARD, Pierre. *A Pedagogia dos Jesuítas*. Apud Luckesi, Cipriano C. *Avaliação da aprendizagem escolar*, São Paulo, Cortez Editora, 1995. pp. 22

promover a hegemonia católica diante dos ataques heréticos, sobretudo dos protestantes, donde o rigor do processo de ensino e do controle de aprendizagem mediante austeras formas de avaliação, como sucedia nas famosas sabbatinas.

4.4- Na modernidade

O período intitulado modernidade marcou-se pelo surgimento dos Estados Nacionais e pelo fortalecimento da burguesia mercantil. À medida que crescia a atividade comercial e produtiva, crescia também a necessidade de se instituir mecanismos de controle da produção e do comércio. Com a evolução sócio-econômica, a racionalidade burguesa passou a informar a idéia de avaliação, agora concebida como *controle* destinado à eficiência do sistema produtivo, de cunho prático, voltada à transformação da realidade pelo trabalho. Em suporte ao ideário burguês, importantes instituições, como a escola e a família, viriam desenvolver capital função na formação moral do homem da época, mesmo daqueles que a ela não tinham acesso, vez que os valores socialmente difundidos eram os adotados pela classe burguesa ascendente. Contudo, as práticas de avaliação, mesmo sob a inspiração das "luzes racionais", não abandonaram o seu ranço ameaçador, coercitivo, tal como existente no formato da *purgação da culpa*.

Entretanto, as práticas de avaliação adotadas nas instituições tiveram apogeu quando do crescimento quantitativo e qualitativo dos meios de produção e da introdução de novas técnicas ao processo produtivo, através da *revolução*

industrial. Em finais do século XIX e início do século XX, o processo produtivo sofisticou-se em face da aplicação ao sistema fabril dos *princípios da administração científica*, conjunto de técnicas mensurativas e padronizantes preconizadas por Taylor (princípios referenciados no capítulo inaugural). Tais princípios, pioneiramente associados por Henri Ford ao processo de produção em escala, resultaram em formas concretas de *avaliação do desempenho do trabalhador*. Desde então, a avaliação institucional começou a enfatizar e a valorizar não apenas o *produto* do trabalho, mas o *processo* do qual ele resulta. Tal concepção teria significativa influência na visão contemporânea de avaliação que se focaliza no processo, não apenas no produto final.

Novamente, a culturalização dessas experiências de avaliação fora incumbida a várias instituições sociais, como a igreja, a família e a escola, lugares privilegiados de desenvolvimento de hábitos, técnicas e *representações* acerca das experiências humanas em geral. Mesmo apesar dos avanços liberais, nesses espaços a experiência da avaliação manteve suas raízes míticas, moralizantes e doutrinadoras, como se verá.

4.4.1- Avaliação e tortura nas instituições: a escola e a família

A escola tradicional sempre embasou o seu poderio na "avaliação", nela circunscrita às conhecidas *provas*. Sudorese, enurese, calafrios e noites insones são algumas das sensações nascidas do medo e da ansiedade despertadas pela iminência da avaliação. As *provas* sempre ocuparam lugar

destacado na organização institucional. Essência, razão de ser, fins de todo o processo educativo.

Considerando-se que *a toda estética corresponde uma ética*, ou seja, que todo modo de organizar o real contém uma atribuição de valor, a avaliação sempre foi julgada (dimensão *ética*) a *deusa* da instituição escolar. Tão grande a sua importância que a *estética* escolar se alterava para saudar o seu evento, ocasião em que se instituíam verdadeiros rituais para acolhê-la: a ela reservava-se um *tempo* especial de uma ou duas semanas; um *espaço* especial para efetivação – salas devidamente preparadas, ou seja, organizada em filas diante de um tablado de cujo ápice facilitava-se a vigilância e o controle dos avaliados. Durante a sua aplicação emanavam-se ordens peculiares - proibição de olhar para as laterais, de ir ao banheiro, de conversar, de consultar qualquer material, proibição disso e daquilo. Eram tantas as proibições que a opressão como que *inibia* os avaliados de respirar, de sorte que alguns, menos controlados, esmaeciam no dia “D”, da prova.

Controle total, inclusive do corpo. Por muito tempo a escola, reproduzindo os anseios de uma sociedade autoritária, identificou *prova* com *avaliação*, reduzindo a multiforme riqueza dessa ao simplismo compartimentalista daquela. E o pior: dentro da lógica então vigente, os atores do processo educacional praticavam-na conscientes de ser o ato de avaliar ato de julgamento, de distribuição de estigmas, de desestímulo, tendo-a definido uma professora como sendo “um conjunto de sentenças irrevogáveis de juizes inflexíveis sobre réus, em sua grande maioria, culpados”. Outra fê-lo da

seguinte forma: avaliar é “fazer como São Pedro: o que decide quem entra (ou não) no céu !”¹²⁸

É profundamente reveladora a imagem contida na definição dada: *sentença irrevogável dada por juízes inflexíveis sobre réus culpados*. Tal definição denuncia o perverso antagonismo historicamente existente entre avaliador e avaliado e ainda hoje muitíssimo presente em métodos institucionais de avaliação. Ora, tal concepção prejudica o alcance de êxito de qualquer organização. Quando, na avaliação, se estabelece como premissa o *confronto* e não a parceria; quando se avalia *apenas um* dos pólos da relação, e não a ambos; quando se avalia apenas uma ou outra variável do desempenho e não se avalia o contexto do avaliar; enfim, quando a avaliação assenta-se numa base antitética entre os sujeitos, muito dificilmente ela logrará bons resultados.¹²⁹

Ademais, nas definições mencionadas encontra-se a *perquirição da culpa*, bem ainda a inflexibilidade de julgadores que *aprioristicamente* concebem os julgados como culpados. Assim, a indagação da culpa continua a desfocalizar o cerne do ato de avaliar na medida em que a análise do *problema*, e de suas plúrimas circunstâncias objetivas e administráveis, fulcraram-se em elementos

¹²⁸ HOFFMAN, Jussara. *Avaliação – mito e desafio. Uma perspectiva construtivista*. Porto Alegre: Mediação, 1991, p. 15. Note-se, como se verá no capítulo 5, que o projeto de avaliação de desempenho, PLC n. 248/98, prevê, antes do ato demissório, a formação do servidor ineficiente, de modo que o administrador não poderá agir como um semi-deus que decide quem será ou não expulso do “paraíso” do trabalho.

¹²⁹ Não se pode desconsiderar, inclusive, que o baixo desempenho de um discípulo pode revelar, dentre outros, a insuficiência de seu mestre. Daí a necessidade da interação avaliando-avaliador no processo avaliativo.

intimidatórios, obscuros, preconcebidos e ineficientes, portanto, incapazes de promover a visão – e o enfrentamento – dos reais desafios organizacionais.

Não bastassem as deturpações colhidas no processo educativo escolar, outras, também contundentes, tiveram berço no núcleo familiar. Entidade microreprodutora das relações sociais de poder e até bem pouco tempo estruturada na órbita do poder semi-absoluto da *auctoritas* paterna, a família nacional durante muito tempo cultivou pouco diálogo, pouca transparência e esbanjou julgamento e punição. Somente nas últimas quatro ou cinco décadas é que ventos democratizantes começaram a soprar sobre esse nicho.

No seio familiar, as situações de avaliação e juízo sempre competiram à figura paterna. Os juízos dele emanados, irrecorríveis e ameaçadores, em muito contribuíram à criação de sentimentos negativistas em torno de situações de avaliação. Nessa instituição, na medida em escasseava o diálogo, assoberbavam-se as punições. Desse modo, reflexo da educação institucional promovida também pela família, não é por acaso que quando adulto, e vida afora, carrega-se o temor de ser avaliado, além de sérias dificuldades de autonomização em relacionamentos com indivíduos que representam alguma autoridade.

Em suma, a experiência que cada um carrega em torno da idéia de avaliação é perversa, no autêntico sentido dessa palavra. Durante séculos e séculos o fenômeno da avaliação vem sendo distorcido, afastando-se de sua natureza essencialmente positiva, criadora e criativa. Como ainda hoje posta, ao invés

de expressar momento de crítica e diagnose do real, a avaliação evoca obscuros sentimentos de medo, de insegurança, produzindo situações e sentimentos indesejados. Sentimentos esses facilmente diagnosticáveis, bastando que cada qual atente às sensações que lhe assomam ao espírito quando instado a submeter-se a um processo qualquer de avaliação. Por certo a iminência da avaliação não evocará agradáveis sensações...

5- Na contemporaneidade: avaliação autoritária *versus* avaliação (trans) formativa.

Como antes asseverado, a consciência do cenário aqui delineado é importante na medida em que produz **radical compreensão** do sentido da avaliação na cultura institucional brasileira, fato fundamental para a reinvenção de sua prática na Administração Pública.

A dificuldade de objetivamente avaliar a realidade hoje se traduz em cinco caracteres que em geral marcam as práticas avaliativas, a saber: a *burocracia*, a *subordinatividade*, o *subjativismo*, a *excludência* e a *estanqueidade*. À modalidade de avaliação fundada nessas características denominar-se-á **avaliação autoritária**, em oposição à outra, substancialmente diferenciada, a **avaliação (trans) formativa**.

5.1- A avaliação autoritária

O caráter burocrático da avaliação autoritária traduz-se pelo fetichismo da forma, pelo zelo rigorista e estéril com as formas e fórmulas de administrar. Sob essa ótica, avaliar consiste na coleta de dados não problematizados e no eventual preenchimento de formulários acerca de uma dada situação. É o que comumente ocorre na avaliação efetuada por ocasião do estágio probatório: um ato solitário, desconexo de demais ações administrativas e de pouca significação para a Administração. Preencher (formulários) e arquivar, preencher e arquivar, eis a excelência da burocracia. Feita nesses moldes, a avaliação desempenha função meramente classificatória, porque ignora o momento avaliado em seu devir, como fruto de um processo, como resultado de múltiplas variáveis. Opera-se, pois, a partir da fragmentação, da descontinuidade. Como decorrência, não se cria ambiente para problematização do fato, da realidade, nem para a intervenção corretiva e tempestiva sobre ela. Noutros termos: à ótica da arcaica burocracia basta o fazer, ou o constar para o ente a materialidade do ato avaliativo, na mais estrita obediência ao cânone burocrático do *controle mediante a simples existência da forma*.

Quanto ao característico subordinação, significa dizer que a avaliação opera a partir do impulso e conforme a perspectiva analítica de um avaliador, que pode ser uma pessoa ou um grupo de pessoas, pertencente ou não à categoria profissional do avaliado. A subordinatividade tem lugar quando a atividade de avaliação centraliza-se num só dos pólos da relação de avaliação. Por essa

característica, o avaliador enfeixa em suas mãos o poder de exercer juízo sobre a atividade de outrem cujos mecanismos, critérios e métodos de investigação não se dão a conhecer em sua inteireza ao avaliado.

Por esse *caracter*, os recursos ou instrumentos de avaliação, quando objetivamente existentes, costumam ser criados pelo responsável imediato pelo controle da atuação do avaliado. Atente-se: "*costumam*", porque sucede de virem prontos, produzidos em instâncias superiores, para mecânica aplicação do avaliador. Na Administração Pública, há o risco, que deve ser evitado, de que sejam os instrumentos de avaliação produzidos pelo departamento de recursos humanos sem adequada consideração das especificidades que marcam a rotina funcional do avaliado na entidade ou no órgão em que a mesma se dará.¹³⁰

A avaliação será subjetivista quando para a obtenção de seus resultados concorrem sentimentos e emoções dos envolvidos de modo a obscurecer a objetividade e imparcialidade da mesma. Tais sentimentos têm origens nas inevitáveis relações travadas no local de trabalho em que os conflitos derivados do cotidiano, e quase sempre não elucidados, acabam por gerar nos avaliadores sentimentos de aproximação ou distanciamento, de simpatia ou antipatia em relação aos subordinados. Com alguma frequência, os avaliadores, em função dos laços de convivência que mantêm, assumem nítidos traços paternos, de proteção, predileção ou de velamento da realidade.

¹³⁰Embora se tratará do tema no capítulo 5, cumpre anotar que, nesse particular, o PLC n. 248/98 previu, com acerto, a criação de comissão avaliadora pertencente ao círculo de convivência do avaliado. Já

Além desses aspectos, outros fatores, próprios ao avaliador, costumam também interferir sobre o resultado da avaliação, tal como o receio de ser indesejado pelo grupo de subordinados. Vale dizer: muitas vezes, a necessidade de aceitação pelo grupo orienta o percurso da avaliação, fazendo com que o temor da rejeição produza pseudo-avaliações nas quais o avaliador, para evitar eventuais conflitos, incorpore o perfil do avaliador *bonzinho*, apaziguador, exercente de liderança ao estilo *laissez faire*.

Evidentemente, se não se deve banir a afetividade contida nas relações interpessoais, deve-se, contudo, evitar que os vínculos dela derivados prejudiquem a obtenção de visões razoáveis e justas sobre as avaliações feitas nas organizações. Tal ordem de observação precisará ser considerada por ocasião da implantação da avaliação de desempenho do servidor.

A avaliação autoritária é também essencialmente excludente, vale dizer, é exercida ao arrepio da manifestação do avaliado e quase sempre direcionada à sua exclusão do trabalho ou do ambiente no qual desenvolve suas atividades. Funciona como mecanismo adotado pelo avaliador com vistas a ofertar suporte a decisões a serem tomadas pela instituição a qual se vincula o avaliado. Decisões que geralmente se referem ao *modo de permanência* (promoção, ascensão, etc) ou mesmo à *exclusão* (demissão) do avaliado dos quadros institucionais. Conseqüência dessa característica, ou seja, porque voltada a fins específicos e imediatos – promoção, afastamento, demissão, etc – a avaliação torna-se *estranque* ao limitar-se a averiguar a atuação do servidor em

quanto à concepção dos instrumentos de avaliação, trata-se de prática a ser oportunamente observada

um determinado momento e com vistas a um determinado fim perseguido pela instituição. Será então uma avaliação aprocessual, despida de conexão permanente com outros momentos avaliativos, incorrendo no risco de olvidar todo o itinerário da vida funcional do avaliado. Ora, não se poderá avaliar corretamente em desatenção ao *processo*, pena de se promoverem apenas *recortes* quanto à atuação do avaliado, o que produziria severas injustiças quanto ao destino do mesmo, seja mediante a sua imerecida projeção, seja pela sua indevida rejeição.

Em agravo, não é incomum serem escassos os registros ou a produção de memória das etapas (quase sempre porque efetivamente essas não se concretizam) do processo de avaliação. Sendo assim, costuma prevalecer, como determinante da “vida” do avaliado, o resultado pontual, ou seja, de poucos, senão único, ato avaliativo. Então, sem a memória de demais situações de avaliação, seja por absoluta inexistência das mesmas, seja por incapacidade notarial da organização, a avaliação autoritária resulta, também por isso, inadequada e injusta vez que constitui simples meio de *julgar* a prática e torná-la estratificada, em nada auxiliando o avanço e o crescimento do avaliado e da organização. Assim feita, a avaliação será adiagnóstica porque incapaz de conceber o ato de avaliar como um *momento dialético*, de conscientização do estágio em que se está e de sua distância em relação à meta projetada ao avaliado e à instituição. Ora, qualquer sistema de avaliação somente adquire legitimidade quando possibilita enxergar *onde se está* em relação a *onde se pretende chegar*. Assim feita, a avaliação possibilita a

criação de meios de intervenção e a tomada de decisões sobre a situação do avaliado, do avaliador e dos rumos da própria instituição ou entidade.¹³¹

5.2- A avaliação transformativa e sua contribuição à efetividade do processo de avaliação de desempenho na Administração Pública

A digressão até aqui feita projeta significativas luzes sobre a futura prática da avaliação de desempenho do servidor público. Como se percebe, os vícios detectados nas práticas de avaliação são ainda visíveis em variados aspectos da gestão de pessoal do setor público.

Assim como as demais instituições, a instituição estatal, igualmente padece dos efeitos do tempo, das pressões políticas, econômicas, culturais e sociais que lhe demandam severo esforço de adaptação. Recentemente, a dinâmica mundial impôs à Administração Pública mudanças institucionais para as quais indubitavelmente concorrerão **eficazes processos de avaliação**. E, partindo-se desse pressuposto, qualquer avaliação que se pretenda eficaz e eficiente precisará evitar os desvios da *avaliação autoritária*, vindo a dotar-se de atributos que a façam modificar antigas e emperradas estruturas institucionais.

Nesse raciocínio, caberá à Administração evitar transmudar *processo* em mero *juízo*¹³², adotando, para tanto, o paradigma da **avaliação**

¹³¹Como no capítulo 5 se verá, a modalidade avaliatória contida no PLC n. 248/98, privilegia a *diagnose da realidade do servidor*. Entretanto, o texto silencia-se quanto a importantes outras questões. Dele não consta avaliação do avaliador pelo avaliado, bem como mecanismos de auto-avaliação pelo servidor, e sequer avaliação externa, social, da atividade prestada pelos servidores e pela organização pública objetivamente considerada.

transformativa, porque o único capaz de produzir mudanças na conduta dos sujeitos, nos processos produtivos, enfim, na realidade organizacional.

Nas organizações atuais há que prevalecer nova visão do erro. Diversamente de concebê-lo como sendo fonte de expiação e castigo, o erro precisa ser visto como elemento pedagógico, como um *problema*, logo, enfrentável à luz de soluções racionais. Trata-se de visão altamente prestativa à eficiência, uma vez que o sucesso ou o insucesso – o “*erro/acerto*” - de uma dada atividade pode indicar novos modos de abordagem do objeto, da realidade, sugerindo atalhos e pistas para a consumação dos (melhores) resultados desejados.

A avaliação trans-formativa pressupõe como ponto de partida nova compreensão do erro – a **insuficiência de desempenho** – nela tornando momento de diagnose e acerto da conduta ineficiente. Opera por meio do refazimento dos *passos* dos quais o erro-ineficiência resulta tornando possível a *autocompreensão* dos limites pessoais e institucionais, condição indispensável ao alargamento dos mesmos. Por isso, a **avaliação transformativa** será necessariamente *diagnóstica* e *participativa*. *Diagnóstica* porque destinada a avaliar o sujeito nas concretas circunstâncias de seu desempenho e porque, ao avaliá-lo, avalia-se também a instituição, permitindo a ambos a necessária autocompreensão do *processo* e do *produto* da avaliação. Será *participativa* por rejeitar o espontaneísmo, a improvisação

¹³² Como bem disse a professora Cármen Lúcia: “não se pode afirmar que Cristo foi processado. Sabe-se apenas que foi julgado (...) exemplo do julgamento mais perverso visto pela humanidade, aquele aclamado por uma multidão ensandecida, enfurecida e sem razões que não as do Estado”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 136, ou/dez. 1997, p. 28.

criada ao alvedrio da vontade unilateral e por criar condições de diálogo. Afastando-se do subjetivismo, privilegiará a discussão com os destinatários da avaliação sobre os métodos e o *por quê* do ato avaliatório. Discutirá o estágio em que se encontra para, daí, negociar estratégias de melhoria pessoal e desenvolvimento institucional. Nesses moldes, a avaliação terá sido *inclusiva*, porque integradora do sujeito dentro de referências de crescimento e autoconhecimento, logo radicalmente distinta das práticas excludentes e meramente classificatórias secularmente adotadas nas instituições, aí a instituição pública. Poder-se-ia sintetizar que **a avaliação acolhe, o julgamento afasta**. O julgamento define uma situação sob a ótica do sim e do não, do certo e do errado. A avaliação é dialógica, acolhe a pessoa ou a situação para, reconhecendo-a como é (diagnose), sobre ela tomar decisão capaz de melhorar a sua qualidade. Assim, avaliar não é, e não poderá ser, sinônimo de exclusão.

Conceito abrangente da avaliação encontra-se no glossário de termos de tecnologia da educação, da UNESCO. Ali se tem que avaliar: a) é "termo genérico usado para designar o conjunto de operações de apreciação, de controle e de medição de um resultado, de uma estratégia, de um sistema, de uma pessoa, etc; b) é processo tendente a delimitar, obter e reunir a informação útil para julgar alternativas de decisão, controlar a eficácia da execução de uma atividade e julgar o seu interesse; c) é processo de

quantificação ou de qualificação do rendimento de um indivíduo, grupo dispositivo ou material". (Aguilar, 1994: 25)¹³³

Adiante, o mesmo autor arrola conceitos ainda mais precisos, cuja pertinência ao tema em estudo impele reproduzi-los:

"Avaliação é o processo que se destina a determinar sistemática e objetivamente a pertinência, **eficiência, eficácia** e impacto de **todas as atividades** à luz de seus objetivos. Trata-se de um processo organizacional para melhorar as atividades que estão em andamento e auxiliar a administração no planejamento, programação e decisões futuras (ONU, 1984)". E continua, ao aduzir que sua efetividade requer, antes de tudo, que os responsáveis políticos e administrativos "**estejam plenamente convencidos de que a avaliação é necessária; devem estar de acordo sobre os propósitos da avaliação, como também sobre suas aplicações e possíveis conseqüências, além de se comprometer inteiramente com a decisão de incluir a avaliação como parte de seu programa**". (g.n).

¹³³ AGUILAR, Maria José; ANDER-EGG, Ezcquiel. *Avaliação de serviços e programas sociais*. Tradução de Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994. A amplitude de aspectos que a avaliação contém serve a distingui-la de outras formas de juízo tal como a *mensuração, a estimação e o controle*, por exemplo. A *avaliação* engloba e ultrapassa a todos essas, haja vista que enquanto, v.g., o *controle* trata-se de mera verificação de resultados, a *avaliação* denota uma análise ponderada desses resultados, ou seja, um juízo que perquire o *que* se obtém, *por que* e *como* se obtém dado resultado. Como se extrai do conceito supra, bem ainda de todo o até aqui exposto, avaliar significa ultrapassar a realidade fática, criando uma *realidade investigativa*, de caráter abarcativo das várias circunstâncias que cercam essa realidade. Como noutras passagens asseverado, se a Administração Pública não se ocupar da análise *dos vários elementos que concorrem para o desempenho*, estará a fazer, através do PLC n. 248/98, tão-somente *controle* da atuação do servidor e *não avaliação de desempenho*.

Como se viu, avaliar, além de significar a verificação do valor de algo, significa, de modo especial para o setor público, *des-velar*, retirar o véu que há séculos envolve o funcionamento do Estado e da Administração e que encobre suas deficiências. E, note-se, todo ato de *avaliação-revelação* é, em si, ato que envolve os riscos que inerem a qualquer exposição, a qualquer publicidade. Por isso, diante do modelo administrativo-cultural brasileiro - ainda permeado por elementos herméticos e autoritários - aos administradores e governantes será preciso firme desejo político de efetivar o princípio constitucional da transparência e da eficiência na gestão do interesse público especializado na eficiente gestão de pessoal. Dito noutros termos, a implantação da avaliação de desempenho, a despeito de sua cogência constitucional, deverá, "*para pegar*", preceder-se da indagação sobre a existência ou não de real vontade de implantá-la. Em havendo, e tendo como pressuposto que avaliar significa buscar a otimização e a transparência no uso de recursos, haver-se-á que perguntar por quais razões a proposição - PLC n. 248/98 - não previu avaliação ampla, institucional, avaliação para fins de ascensão na carreira, e, inclusive, avaliação das lideranças administrativas pelos liderados. Como está, o projeto de lei aparenta feição nitidamente punitiva voltada a demitir o servidor e a minimizar despesas - mesmo apesar da previsão de formação que nele se contém. Diante de tais considerações impende indagar: será que a (in) eficiência administrativa está circunscrita apenas aos estratos subalternos da Administração? Não será fundamental avaliar as estruturas administrativas? Será dispensável não avaliar as lideranças? E a auto-avaliação? O projeto é silente a respeito de tão importantes variáveis...

Então, em substituição ao modelo de avaliação estático, classificatório e sentencivo, a **avaliação transformativa** deverá centrar-se no diálogo, na problematização da realidade, no trinômio ação-reflexão-ação, problematização que deverá considerar, inclusive, as variáveis políticas e culturais que cercam e influem no processo de avaliação em prática na instituição pública. E aos gestores estatais será necessário compreender que avaliar é *ato complexo*, elo de confluência que integra vários elementos, o que constituirá importante passo para torná-la instrumento de melhoria da qualidade das relações e dos resultados gerais da Administração Pública.¹³⁴

5.3- Bases mínimas para uma nova meritocracia no setor público

Tendo em vista que na cultura contemporânea a ocupação e a manutenção de postos de trabalho demandam a posse de multifárias *competências* - competência técnica, versatilidade, espírito de liderança, abertura ao novo, sociabilidade e inteligência emocional - será fundamental que o processo de avaliação de desempenho valorize as múltiplas *competências* individuais,¹³⁵ devendo, em suma, constituir-se em um *continuum* que considere:

¹³⁴ A Avaliação transformativa requer consciência das autênticas razões do ato de avaliar, de sorte que deverá corajosamente enfrentar as seguintes indagações: 1- qual tipo de apreciação ou valoração se propõe ou se realiza? 2- quais aspectos ou dimensões da realidade, da prática devem ser avaliados? 3- quais os critérios utilizados na avaliação? 4- quem, como, onde, quando por que e para que avalia? Tais questões acham-se criticamente explicitadas no capítulo 5 em que se analisa o texto do PLC n. 248/98. Acerca da dialogicidade presente na avaliação, ensina o educador Paulo Freire que o diálogo é necessário, “na medida em que os seres humanos se encontram para refletir sobre sua realidade tal como a fazem e refazem”. É por meio do diálogo, “refletindo juntos sobre o que sabemos e não sabemos, que podemos, a seguir, atuar criticamente para transformar a realidade”.

¹³⁵ O termo *competências* é aqui empregado no sentido dado pelo sociólogo Perrenoud (2001:139). Ao contrário dos *conhecimentos*, que são representações organizadas da realidade ou do modo de transformá-

- as variáveis objetivas interferentes na avaliação e em seu resultado;
- a avaliação como processo contínuo, permanente, endereçada a promover ações tempestivas e eficazes sobre variáveis indesejadas, bem como a padronizar aquelas desejadas;
- a avaliação como produção de juízos objetivos e objetiváveis acerca dos envolvidos no processo, de modo que o avaliado também possa emitir pareceres acerca de quem o avalia, da instituição, donde a sua dialogicidade;
- a necessidade de se estabelecer laços efetivos (e também afetivos) de cooperatividade e diálogo no ambiente institucional, e não de agressiva competitividade;
- enfim, a *inculturação* da avaliação na Administração Pública, ou seja, a sua concepção como processo necessário e “natural” de investigação da realidade institucional, voltado a identificar problemas, fatos e situações objetivas (e não

la, as *competências* são *capacidades de ação*. Referem-se à capacidade subjetiva de oferecer respostas diante múltiplas situações e se traduzem em habilidades: a) de identificação de obstáculos a serem superados ou de problemas a serem resolvidos para realizar um projeto ou satisfazer uma necessidade; b) de avaliação de estratégias realistas no que pertine à exequibilidade de ações em função de tempo, recursos e informações disponíveis; c) de planejamento e implementação processual da estratégia adotada, mobilizando, em sendo necessário, outros atores na consecução dos objetivos propostos; d) de reavaliação e redirecionamento da estratégia adotada, de modo a perseguir a otimização de resultados; e) de controle das emoções, humores, valores, simpatias ou antipatias, sempre que elas interferirem na eficácia ou na ética que deverão nortear as ações do serviço – *inteligência emocional*; f) de, durante ou após a execução, extrair ensinamentos para serem usados noutras atividades, além de habilidade de documentação de operações e decisões de modo a conservar as características que podem ser utilizadas para sua justificação, partilha ou reutilização. Como se percebe, a *competência* trata-se de uma aptidão individual adquirível mediante o exercício da capacidade de *aprender a partir das lições cotidianas*. Constituem *esquemas de pensamento* via dos quais os sujeitos criam métodos e procedimentos de ação, ou seja, esquemas de raciocínio, de interpretação, de elaboração de hipóteses, de avaliação, de antecipação e de decisão. Tais esquemas permitem identificar os saberes pertinentes, selecioná-los, combiná-los, interpretá-los, extrapolá-los e diferenciá-los para enfrentar uma situação singular. Para Perrenoud “a competência não reside nos recursos (conhecimentos e capacidades) a serem mobilizados, mas na própria mobilização desses recursos. A competência pertence à ordem do *saber mobilizar*”. Perrenoud (2001:142).

mais erros) e os responsáveis (não mais culpados) pela administração dos mesmos¹³⁶.

A operacionalização desse novo sistema global de mérito - que erige a eficiência como meta permanente da Administração Pública - deverá observar demais ações. Entre elas, a reorientação dos critérios de avaliação/seleção, tanto a *avaliação externa*, o concurso público, quanto a *avaliação interna*, a avaliação de desempenho, a avaliação de mérito para fins de promoção (art. 8º, II, Lei n. 8.112/90) e a avaliação especial probatória. Vale dizer: todos os procedimentos avaliatórios precisam constituir objeto de *ação unificada* e entrosada do setor de recursos humanos da Administração Pública: enquanto que o concurso público deverá aferir, mediante variados (e não apenas instrumentos cognitivos ou mnemônicos) mecanismos, a capacidade *atual* e potencial dos postulantes, as avaliações internas de desempenho deverão centrar-se *especialmente* na investigação do desempenho *atual ou real* dos

¹³⁶ Políticas contemporâneas de RH demandam aos sujeitos, além da posse do chamado quociente intelectual (QI), também o *quociente emocional* (QE). Há décadas as grandes organizações se voltaram ao desenvolvimento de novos perfis profissionais que sejam capazes de corresponder às novas exigências da sociedade atual. Ora se valorizam, além da capacidade técnica, as *capacidades afetivas* dos postulantes ao trabalho - a *inteligência emocional*. Essa expressão, longe de constituir-se um paradoxo, demonstra o resgate da confluência entre emoção e razão, cindida desde Descartes e agora retomada em sua necessária harmonia. Dentre outras experiências institucionais conhecidas, tem-se a da multinacional Shell. O recrutamento praticado naquela empresa classifica como *virtudes cardiais* à admissão de pessoal a triade: *experiência* teórico-prática, (*know how*, cursos, especializações), *realização* (o que já fez o profissional) e *relacionamento* (ou seja, a capacidade de bem relacionar-se com os próprios sentimentos e com os das demais pessoas no ambiente de trabalho). Portanto, para a obtenção e manutenção de postos de trabalho, já não basta ser genial, infalível naquilo que se faz. É preciso ser também *emocionalmente inteligente*. Como já se referiu alhures, a questão da "*inteligência emocional*" fora objeto-título de obra escrita pelo psicólogo norte-americano Daniel Goleman, *PhD* pela Universidade de Harvard, obra que figurou como *best-seller* no Brasil por mais de um ano. Como aptidões indispensáveis ao novo perfil profissional o autor aponta o abandono do autoritarismo e a capacidade de administrar o dissenso, as diferenças, entre outras fundamentais qualidades.

servidores.¹³⁷ Em ambas as situações, ou seja, tanto na avaliação concursal, quanto na ulterior avaliação de desempenho, ideal será que as avaliações não se apoiem em critérios meramente objetivos ou cognitivos, mas prestem-se a checar, além da capacidade imediata do servidor, também a sua potencialidade cognitiva e a posse de demais *competências*.

Essas considerações são relevantes porque poderá suceder que aquele candidato *potencialmente* capaz ou eficiente (como se afere nos concursos, em regra, essencialmente teóricos) poderá não sê-lo *em ato*, em atuação. Ademais, aquele servidor *atualmente* eficiente (como se verifica na avaliação do cotidiano funcional) poderá deixar de sê-lo na futuridade, em face, por exemplo, da imposição de novos desafios à instituição estatal. Para *equilibrar* essa relação ato-potência é que se torna necessário instituir uma política de gestão de recursos humanos capaz de concatenar todas as formas de avaliação de desempenho, de modo a aliar o *recrutamento* institucional à *avaliação periódica de desempenho*, provendo-se, sempre, a formação permanente do servidor.

¹³⁷ A avaliação do desempenho pessoal deve ser efetuada em atenção a elementos de *ordem subjetiva* e de *ordem objetiva*, ou seja, deverá considerar as *qualidades técnico-profissionais* do agente – aí compreendida a eficiência no desempenho das atribuições do cargo no que concerne à quantidade e qualidade das ações, bem ainda as *qualidades subjetivas* ou pessoais – tendo-se aí em conta aquilo que os estatutos dispõem na predição da idoneidade, cordialidade, urbanidade, dando-se ênfase ao que se poderia chamar de *flexibilidade* de adaptação a novas situações ou capacidade de integração coletiva ou relacional. Quanto a esses elementos subjetivos, porque de complexa averiguação, impõe que os avaliadores atuem com extremada profissionalidade e sincera intenção de *alcance do interesse público*, com vistas a se evitar costumeiros abusos. Assim, entre possíveis e concretos mecanismos destinados a evitar desvios, sugere-se a constituição de equipes avaliadoras compostas por servidores estáveis, parte deles eleitos pela categoria e outros *critériosamente* designados pela Administração, todos detentores de comprovada competência técnica e moral e graduados em diversas áreas de conhecimento, como o Direito, a Psicologia, a Administração. Enfim, equipes por lei autonomizadas, ou seja, imunes às pressões político-governamentais, no exercício de tão importante função.

Nesse caminho, uma outra tarefa importante será a produção de farta documentação da vida profissional do servidor. A colheita de elementos fáticos e objetivos destina-se a orientar atuais e futuras ações do administrador-avaliador em face do avaliado: testes, entrevistas, resultados de avaliação, títulos comprovadores de aquisição de nova formação, etc. Assim agindo, sempre se estará a considerar os elementos potenciais e atuais relativos às *competências* do servidor. Tal conduta oportunizará, sobretudo, adequada motivação dos atos eventualmente praticados pela Administração Pública em face do servidor.

Outra necessária conduta consistirá na promoção de *políticas de avaliação institucional*, o que equivale dizer que se deverá avaliar a tudo e a todos. Tal observação é relevante porque, como acima dito, a avaliação dos chefes, gerentes ou líderes é tão ou mais importante que a avaliação dos demais servidores. Desse modo, não há razão a explicar o porquê dessa lacuna na Administração Pública a não ser pela influência que sobre ela ainda exerce as representações culturais que persistem sustentando a intangibilidade do poder hierárquico: um poder ensimesmado e não um *poder-dever* de servir. Ora, na chamada *administração por resultados* essa prática não mais encontrará justificação.

Enfim, na perseguição do desempenho jamais se poderá menosprezar a importância do elemento motivacional. Como advertia Karl Mannheim há cinco décadas "na esfera dos incentivos para o trabalho há uma mudança da recompensa financeira para o motivo do Serviço. Isso é acompanhado por um

maior desejo de reconhecimento da realização pessoal por meio do trabalho, uma ânsia por um trabalho que tenha um fim em vista”.¹³⁸ A lição do sociólogo, passados tantos anos, é ainda inteiramente válida ao serviço público, mormente quando se busca a eficiência do desempenho humano.

Ora, a mecânica atribuição de recompensas financeiras, bem ao estilo de Taylor e do behaviorismo, não se demonstrou capaz de genuinamente motivar o servidor ao trabalho. E não o conseguiu porque motivação é força intrínseca, que brota de dentro do sujeito, podendo a Administração Pública, quando muito, favorecer condições ao seu surgimento ou à sua manutenção.¹³⁹ Por ser tema primordial à obtenção do bom desempenho, aos administradores públicos está lançado o desafio de conhecerem os caminhos que conduzem à motivação humana e seus efeitos práticos no mundo do trabalho. Tal conhecimento será importante, pois conhecer é, e sempre foi, uma necessidade de sobrevivência pessoal ou institucional. Portanto, como alhures dito, os administradores públicos precisam imiscuir-se em conhecimentos

¹³⁸ MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Tradução de Octávio Alves Velho. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 196.

¹³⁹ A questão motivacional é importante na medida em que existe na organização pública, como de resto em todas as organizações, significativo contingente de pessoas que, desalentadas por aquilo que mecanicamente fazem, não experimentam qualquer espécie de satisfação ou realização no trabalho. Em relação a essas pessoas o administrador de recursos humanos não poderá virar as costas, adotar a indiferença; ao contrário, precisará aproximar-lhes do projeto de desempenho para o qual foram investidos. Nesse sentido, o estudo do fator motivação em muito poderá amparar o cumprimento do dever disciplinar da eficiência imposto aos administradores públicos. Ademais, os perversos efeitos que a crescente perda do sentido do trabalho projeta sobre a motivação é também questão a ser enfrentada pelo setor público. Nas palavras de Bergamini (1997: 178), “... perdida a noção da sua inteireza, o homem perdeu com ela o significado e, por conseguinte, não consegue reconhecer o verdadeiro sentido entre a sua vida pessoal e a sua vida de trabalho”. Diante desse cenário, os esforços teóricos devem procurar entender e resgatar a motivação pelo trabalho cindida com a divisão do próprio trabalho. De se destacar que durante décadas, psicólogos, administradores, economistas e filósofos se debruçaram sobre o tema sem, entretanto, aprisionar numa única teia conceitual os meandros de tão complexo fator na vida das instituições. Talvez haja chegado o momento do jurista dela igualmente se ocupar.

interdisciplinares à gestão da *res publica* - como a Psicologia, a Sociologia das Profissões e Administração - saberes interseccionadores da vida jurídico-administrativa estatal, notadamente na gestão de pessoal.

Resta então evidente que a **avaliação transformativa** será aquela que lançará mão de métodos, procedimentos e instrumentos assentados em ampla visão do fenômeno avaliação, de modo a orientar, dentre outras, as seguintes medidas no setor público:

- a) progressões (vertical e horizontal) fincadas no mérito, e não o mero carreirismo;
- b) remanejamentos a cargos estratégicos, como os de coordenação de grupos e atividades;
- c) conversão da investidura precária do estágio probatório em permanente, mediante apuração dos requisitos considerados no estágio probatório - avaliação especial de desempenho (art. 41, § 4º);
- d) eleição e inserção de servidores em equipes de formação continuada de demais servidores;
- e) detecção de necessidades relativas à formação dos servidores e desenvolvimento de recursos humanos;
- f) informação aos servidores dos resultados da avaliação de modo a facilitar a adoção de medidas autocorretivas do desempenho ou de seu aprimoramento pelo ente administrativo;
- g) ferramenta capaz de "provocar" a motivação dos servidores.

h) *terminalmente*, como instrumento legitimador da **exoneração** (não demissão, porque a busca da eficiência deve dar-se mediante parceria, pela não contenciosidade, entre Administração e servidor) daquele servidor incorrigivelmente ineficiente ou desidioso.¹⁴⁰

5.3 – Conclusão

As idéias até aqui lançadas pretendem auxiliar a compreensão do *por quê* das dificuldades enfrentadas pelas organizações - aí a Administração Pública - quando intentam implantar processos de avaliação de pessoal. O percurso do itinerário cultural do fenômeno da avaliação serviu, crê-se, a desmitificar os vícios reificados ao entorno da mesma, de modo a renunciar ao simplismo de vê-la como uma mera *técnica de administrar* despida de valores. Como se viu, no transcurso das alterações culturais a visão da avaliação veio modificando-se conforme os interesses e objetivos que sucessivamente a presidiram, o que permite inferir que a moldura que envolve a avaliação é flexível, dependendo, sempre, dos fins que lhe servem de orientação. Assim, *o que se avalia, quem avalia, como, por que, para que e quando se avalia* são indagações imprescindíveis à inteligência da avaliação nos diversificados espaços-tempos culturais, o que se desenvolverá brevemente no quinto capítulo.

¹⁴⁰ A complexa temática da gestão de recursos humanos no setor público demanda análise de considerável espectro de variáveis. Por tal razão, algumas das questões ora suscitadas demandam devido aprofundamento, o que não será feito em virtude da exigüidade imposta pela natureza da tarefa aqui abraçada. Entretanto, referidas variáveis vêm sendo pesquisadas por parte do dissertante cujo desate, espera-se, será feito em ocasião própria, em que se aprofundará a abrangente temática da gestão de recursos humanos no setor público em monografia de cunho notadamente propositivo.

Como também se demonstrou, as influências culturais produzem sérias distorções quanto aos juízos produzidos sobre a realidade, de sorte que o tratamento que muitas vezes se dá ao avaliar ainda se acha enredado em categorias míticas e perturbadoras tanto de quem avalia, quanto de quem é avaliado, situação que resulta na produção de inadequadas avaliações ou, no extremo, na omissão quanto ao avaliar.

Como visto, o fato das instituições ainda hoje evitarem promover efetiva e consciente prática de avaliação é herança de elementos culturais negativistas: os envolvidos no processo de avaliação permanecem incorporando pólos distintos e inconciliáveis de modo que avaliador e avaliado, representando forças antitéticas e dicotômicas, não aproveitam ímpar situação na melhoria da vida institucional. Desse modo, na relação em que o avaliador encarna a figura de uma pessoa distante, severa, encarregada do controle e da aplicação unilateral de sanções, enfim, pronta a *vigiar e punir*, o avaliado, por seu turno, também corresponde à expectativa que lhe é projetada no pólo oposto da relação, assumindo cômoda posição de fragilidade, de incapacidade. Nesse modelo, o ato de avaliação produz e reproduz meras relações de subordinação hierárquica com assento na obediência cega, na inibição da criatividade dos sujeitos e, o pior, fulcradas em sentimentos de medo, de desprazer e desconfiança, sentimentos de conseqüências profundamente funestas sobre as relações interpessoais e, corolariamente, improdutivas no ambiente organizacional.

Concluindo, a experiência da avaliação precisa readquirir real *status* na vida da Administração Pública. Há que ser vista como racional diagnose capaz de alavancar o crescimento qualitativo e quantitativo na prestação do serviço público, bem ainda a melhoria das condições de trabalho de seus agentes. Dada a sua importância e impactação na vida dos servidores, precisará ser levada a sério pelos gestores públicos, não podendo jamais ser conduzida como instrumento de manipulação ou como veículo de corporativismos, ou, ainda, administrada por "abusadores do poder" que decidirão "quem entrará ou não no céu", ou que "inocentarão ou castigarão". Assim, a julgar pelos seus fins e efeitos na vida da Administração e do servidor, a avaliação de desempenho precisará primar pela inclusividade e não pela exclusão do indivíduo da vida sócio-produtiva. E mais: por ser determinante da qualidade da prestação pública - que, lembre-se, somente existe através do agir humano - a avaliação de desempenho revela-se tema assaz **importante e complexo, devendo assim ser tratado por governantes e administradores.**

A necessidade está posta; o desafio, lançado. Resta aos "gestores da mudança" não menosprezarem o fato de que a questão da avaliação ainda é uma *questão cultural* e como tal há de ser enfrentada e desmitificada. E a consciência dos determinismos culturais que sobre ela pairam é, sem dúvida, o primeiro passo para a sua reinvenção.

5- O PROCESSO DISCIPLINAR DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 248/98- QUESTÃO *DE JURE CONSTITUENDO*

1- Introdução

Neste capítulo se debaterá o texto do Projeto de Lei Complementar em tramitação na Câmara sob o n. 248/98, no Senado, PLC n. 43/99, cujo conteúdo, a julgar pela longeva apreciação no Congresso, e pelas modificações já nele introduzidas, não deverá sofrer significativas alterações.

Há de se ressaltar que a análise dos dispositivos do projeto será feita outorgando-se ênfase naqueles que melhor atendam aos fins deste trabalho, conforme delimitado em seu intróito. Destaque-se, ainda, que nesse percurso serão feitas eventuais remissões a outros diplomas correlatos ao tema do desempenho, na medida em que a interpretação e a análise crítica do texto o exijam.

No fito de tornar acessível o contraste das considerações expendidas com o texto original segue, ao final do capítulo, anexo e integralmente, o conteúdo do projeto em estudo.

Antes, porém, de nuclear ao projeto em referência, releva proceder à ligeira digressão acerca do instituto da estabilidade, cuja feição fora substancialmente alterada pelas mudanças introduzidas com a EC n. 19/98, de sorte que a

permanência da estabilidade no ordenamento é que projeta significativo destaque ao instituto da avaliação de desempenho ora tratado.

2- Fundamentos jurídicos da estabilidade e sua recente flexibilização

Como visto no capítulo primeiro, nos regimes monárquicos europeus, as relações entre agentes e governantes pautavam-se por obscuros vínculos de fidelidade, de modo que apenas com a inauguração do constitucionalismo liberal e a conseqüente distinção das funções administrativas das demais funções estatais é que se criaria um corpo autônomo de agentes, ordenado com base *na lei* e dedicado ao desempenho das tarefas incumbidas à administração do Estado.

Mais tarde, com a consolidação do Estado Liberal, a Administração Pública viria adotar os paradigmas administrativos emprestados da *Administração* – sobretudo aqueles de inspiração taylorista e weberiana – criando, então, regras ordenadoras do exercício da função administrativa. Dentro daquela nova Administração estatal ditada por regras é que se conceberiam as *carreiras* no serviço público.¹⁴¹

¹⁴¹ A idéia de carreira é uma das conseqüências administrativas do regime burocrático-burguês, avesso ao desmesurado e inconseqüente poderio dos governantes. Em termos propriamente administrativos, a concepção e a implantação das carreiras destinou-se, historicamente, a ampliar os parcos direitos até então atribuídos aos agentes estatais - grosso modo, apenas o direito à remuneração. A partir da implantação de carreiras, os demais direitos seguiriam cimentados na legalidade e não mais na voluntariedade despótica do governante. Como preconizara Weber a criação de carreiras e de estatutos legais objetivara assegurar a regularidade do serviço público por meio da outorga de garantias aos seus prestadores, pondo-lhes a salvo do jogo político dos governantes que se alternam no poder. A respeito, oportunas são as observações captadas de LUCENA (1992: 36). Segundo a pesquisadora, os métodos de avaliação, as carreiras, a organização hierárquica e a idéia da estabilidade, antes de serem implantadas no setor público em geral, floresceram primeiro no ambiente militar. Assevera: “Uma corporação militar tem como características básicas: uma missão permanente e imutável (a segurança nacional), uma estrutura

Através da necessidade de se garantir relativa autonomia ao servidor no desempenho do cargo para, então, assegurar-se a continuidade na prestação dos serviços é que surge o instituto da estabilidade na Administração Pública. Assim, criou-se a idéia de que o servidor serve ao Estado, à sociedade, não ao governante, devendo, para tanto, observar regras objetivas que orientam a sua conduta funcional, podendo, inclusive, resistir aos caprichos ou desvarios do governante de ocasião por meio da não-obediência a ordens manifestamente ilegais, conforme hoje consagrado no inciso IV, art. 116 da Lei n. 8.112/90 e inciso II, art. 5º da CR.¹⁴²

organizacional rigidamente hierarquizada (para atender à sua missão), uma carreira fortemente estruturada (para garantir a sua continuidade) e a estabilidade de sus membros (o *turn over* não é compatível com a missão e com o perfil profissional exigido). Nesse sentido, o chamado “Boletim de Mérito”, ou outro nome equivalente, que é o sistema de avaliação utilizado pelas instituições militares, tem por objetivo subsidiar o sistema de carreira militar. Coerentemente com a sua missão institucional, os requisitos avaliados estão voltados para valores e qualidades imprescindíveis ao militar, tais como: coragem, bravura, honestidade, espírito e equipe, lealdade, dedicação, solidariedade, obediência, disciplina, assiduidade, tempo de serviço, etc. Com o tempo, o serviço público absorveu o modelo militar em função das semelhanças nos pressupostos, ou seja, em razão de possuir uma missão permanente (a de prestar serviços à sociedade), uma organização hierarquizada (para garantir a missão), uma carreira estruturada (para assegurar a sua continuidade, independentemente da alternância dos governantes) e a estabilidade (para o cumprimento das leis, independentemente da vontade dos governantes). Indica Lucena que no complexo militar o processo de Avaliação de Desempenho sempre esteve voltado a “manter sob controle a disciplina e comportamentos de subserviência e de submissão, funcionando como instrumento de punição ou recompensa”. Como se vê, imitando a lógica presidente da organização do serviço militar, a gestão de recursos humanos na Administração Pública nasceu – e persiste - na tendência comportamentalista ou behaviorista que acredita ser a eficiência fruto de recompensas externas (v.g., a simples majoração de vencimentos) ou decorrência do receio de castigos (a imposição de medo, de ameaças ou pressões de toda sorte). Ora, como allhures referido, em se ignorando os capitais componentes constituintes do desempenho humano (ou da eficiência funcional, se preferir), sobretudo a **motivação, sua gênese e seu processar**, a maneira como ainda hoje se pretende avaliar o desempenho muito pouco auxiliará na obtenção de efetiva e duradoura eficiência de desempenho no serviço público.

¹⁴² Cavalcanti (1958:99), com forte em Bielsa, aduz que o imperativo da estabilidade remonta ao início do século passado, a 1916, por ocasião do Congresso Sul-Americano de Ciências Sociais de Tucuman, no qual se reconheceu a importância do instituto. Em sua clássica obra, assenta: “Em matéria de administração geral é indispensável para assegurar a regularidade da função pública a existência de preceitos legais que se assentem na estabilidade dos funcionários”. Entretanto, para alguns juristas, a estatutização também significou retrocessos. Berthelemy, lembrado pelo mesmo autor, pugnava maior liberdade do Estado na aquisição de seus funcionários, sobretudo para os postos hierarquicamente superiores. Receava o autor que a “consagração de numerosas garantias viesse tirar o estímulo, a emulação, e implantar o regime da ‘sonolência’ e da mediocridade no serviço público”.

A consagração da estabilidade de um corpo de funcionários no seio da Administração Pública pretendeu evitar o tumulto da rotina administrativa promovida pela alternatividade desordenada, politiqueira e segregacionista. Essa preocupação atende, além de princípios de ordem moral, ao sobrelevado princípio da *eficiência administrativa*, posto que a rotatividade de pessoal, quando despida de planejamento ou promovida em submissão a sobranceiros fins, resulta em prejuízo ao administrado, ao cidadão, que vê ruptos ou mal prestados os serviços pelos novos agentes estabelecidos. A tal respeito, ensina Ferreira que o sistema da instabilidade no serviço

“... gerava inconvenientes graves, quais a instabilidade administrativa, as interrupções no serviço, a descontinuidade nas tarefas, e não podia ser mantido o *Welfare State*, cujo fundamento implica na existência de um corpo administrativo capaz, especializado e treinado à altura de suas múltiplas tarefas. Ferreira Filho (2001: 67).(sic).

No direito comparado, a estabilidade é também instituto consagrado em vários ordenamentos. Lecionando a respeito, Konrad Hesse aponta que

“A peculiaridade, aqui exposta em traços, da função constitucional da administração é confirmada pelas regulações que o *serviço público* encontrou no art. 33, alínea 4 e 5, da Lei Fundamental. Também aqui produz a Lei Fundamental a conexão entre a função a ser exercida e o status e pessoas que têm de exercê-la.

Se, segundo o art. 33, alínea 4, da Lei Fundamental, o exercício das faculdades de soberania, como tarefa contínua, deve, em geral, ser transferida a funcionários públicos, que estão em relação de serviço de fidelidade jurídico-pública, então são criadas, com isso, as bases jurídico-constitucionais da *relação de funcionário*.

(...) O funcionário não serve a um senhor, que não mais existe na democracia, senão a uma finalidade objetiva que está circunscrita por sua obrigação do cargo e, nessa proporção, determina a medida de seus deveres e direitos; por isso, ele, na medida em que atua no exercício daquela obrigação do cargo, não pode ser 'servidor de um partido' (artigo 130, alínea 1, da Constituição do Império de Weimar).¹⁴³

Durante certo tempo creu-se ser a estabilidade um *qualificativo próprio do exercente da função pública*. Na dicção de Rosa (1999:538), "a estabilidade é atributo pessoal do funcionário; decorre do tempo e não do tipo de nomeação". (g.n).

Ao evoluir, muito embora a cultura patrimonialista insistisse em ver o cargo público como uma espécie de minifúndio atribuído a seu ocupante, a doutrina consagrou a estabilidade *em favor do serviço*, em atenção ao desempenho de um núcleo de ações, e não propriamente em benefício dos atores ou

¹⁴³ HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 150. Observe-se que na Espanha e em Portugal também vigora a estabilidade dos "funcionários de carreira" os quais desempenham atividades de caráter permanente cujos cargos se inserem nos respectivos quadros das carreiras administrativas, *status* que os difere dos "funcionários de emprego".

executores em si mesmos. À natureza do provimento do cargo dizia-se efetiva, de modo que o ocupante do cargo, no desempenho daquele plexo de atribuições estáveis do Estado, mantinha vínculo permanente e duradouro com o ente estatal.

Nessa perspectiva, o Estatuto de 1952, Lei 1.711/52,¹⁴⁴ concebeu a estabilidade como atributo do serviço em geral, e não especificamente do cargo ou de seu ocupante. A disposição achava-se contida no § 2º do art. 82 do diploma, *verbis*:

Art. 82- O funcionário ocupante de cargo provimento efetivo adquire estabilidade depois de:

.....
 § 2º- A **estabilidade** diz respeito ao **serviço público** e não ao cargo.” (g.n)

Nessa direção, entendimento pretérito do STF dispunha que “a estabilidade do funcionário se dá no serviço público e não no cargo” (RE n. 74.326), Rosa (199:538).^{145 146}

¹⁴⁴ No regime daquele estatuto, o servidor estável somente perderia o cargo na ocorrência de três hipóteses: a) mediante processo criminal, b) no caso de extinção do cargo e c) por demissão em face de apuração infracional em processo administrativo com garantia de ampla defesa “Art. 82- O funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade depois de: I - dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso; II – **cinco anos de exercício, quando nomeado em caráter efetivo sem concurso.**”(g.n) - Lei n.º 1.711 de 28 de outubro de 1952. A julgar pelo teor dessa última regra, é possível imaginar o festival de nomeações e demissões movidas por interesses escusos, eleitoreiros e autoritários e praticados, sobretudo, no Executivo.

¹⁴⁵ Esse entendimento produziu díspares efeitos na gestão de pessoal. Por um lado, oportunizou a movimentação de servidores dentro dos quadros da Administração, de modo que muitos vieram ocupar variados cargos para os quais não haviam concorrido e sequer demonstrado a necessária habilitação, criando-se, assim, espúrias formas de provimento e quase sempre *em benefício do agente*, não do serviço público. Por força de tal conceito, içava-se o servidor a cargo mais elevado sem nenhuma garantia efetiva de que o desempenho manifesto no cargo primitivo viesse corresponder ao exercício de novos cargos para os quais, em princípio, são requeridas maiores responsabilidades e competências. Então, por um lado c

O instituto da estabilidade no serviço público brasileiro somente viria surgir somente na era republicana, há mais de 70 anos. Embora concebido na Constituição de 1934, fora, entretanto, expressa e primeiramente nominado apenas na Carta de 1946.¹⁴⁷

por certo tempo, essa conduta funcionou como corriqueiro mecanismo de burla ao princípio do concurso público, *espécie de provimento derivado* de cargos hoje não permitida no ordenamento. Por outro lado, não se pode descrever que essa forma de movimentação de pessoal tenha também atendido às urgentes necessidades da Administração Pública, bem ainda à valorização de agentes já locados nos quadros estatais. Efetivamente, em muitas situações revela-se mais econômico e eficiente lançar mão de servidores já afetados à atividade pública – em princípio experientes e integrados à rotina laboral – do que recrutar e treinar neófitos. Contudo, os benefícios de tal medida somente alcançam a eficiência quando provida de meios reais de controle e avaliação de desempenho, o que não constituía *praxe* naquele momento, inclusive em função do patrimonialismo então reinante.

¹⁴⁶ Remontando à origem do instituto da ascensão, informa Guerzoni que a edição do Decreto-lei 200/67, ao lado da Lei n. 5.645, de 1.012.70, que estabeleceu “diretrizes para a classificação de cargos no Serviço Civil da União e das autarquias federais” foram “fundamentais para a reorganização da Administração Pública Federal, tendo representado o mais completo e a melhor sistematização e classificação de cargos até então feita.” Contudo, essa Lei, n. 5.645/70, é que criou o instituto da *ascensão funcional*, figura já prevista em diploma anterior, porém sob a nova denominação de *acesso*. Por esse, permitia-se ao servidor, através seleção interna, *aceder* a cargo diverso do qual exercia, ascendendo de uma série de classes a uma outra mais elevada (não há confundi-la com a *promoção*, que é mecanismo de progressão funcional dentro de uma mesma série de classes). O instituto do acesso possuía, inclusive, abrigo constitucional, precisamente no § 1º do art. 97, da Carta de 1967 no qual se previa que apenas a primeira investidura deveria ser precedida de concurso público de provas, ou de provas e títulos. Cumpre destacar que a ordem constitucional hoje não mais avaliza essa forma derivada de provimento de cargos, tendo, inclusive, o legislador ordinário revogado o inciso III, do art. 8º da Lei n. 8.112/90, (revogado pela Lei n. 9.527/97), no qual, apesar do exposto princípio constitucional do concurso público, ainda se previa a figura do *acesso*. GUERZONI FILHO, 1995, p. 46.

¹⁴⁷ No direito comparado, segundo informa Ferreira (1972:63), no *civil service* inglês os funcionários, embora recrutados sob o signo do mérito, mediante concurso, não dispõem de qualquer garantia no emprego, sendo demissíveis “at pleasure” pela Coroa. Já nos Estados Unidos o regime da função pública muito se assemelha ao regime do emprego privado, prevalecendo ampla mobilidade no gerenciamento dos recursos humanos. Segundo informa Cruz, valendo-se, por sua vez, da pesquisa de De Forges, existem *dois grandes regimes* da função pública: a *aberta*, de natureza flexível, em que o regime da função pública identifica-se ao regime privado, tal como sucede nos Estados Unidos, e a *fechada*, como ocorre na Inglaterra, França e Itália. Na Inglaterra, embora o sistema jurídico de pessoal se baseie no mérito, portanto, na imparcialidade do recrutamento público, não fruem os servidores, entretanto, de regras estatutárias especiais, bem assim de estabilidade no *civil service*, justamente como anotara Ferreira. Porém, naquele país a *prática administrativa* demonstra uma realidade na qual gozam os agentes de substantiva estabilidade. Nos EUA a demissão dos agentes é feita através do *due process of law* promovido pelos *Administrative Law Judges*, tribunal criado para garantia da imparcialidade no julgamento dos funcionários, julgamentos amplamente apreciáveis pelo Judiciário. Na França, mesmo apesar da existência de *dúplice jurisdição*, funcionam órgãos paritários de julgamento de questões funcionais (com representação de servidores e Administração), sendo certo que a decisão administrativa final também não se encontra imune à apreciação jurisdicional. CRUZ, 1996, P. 297.

A Constituição de 1934, artigo 169, dispunha:

“Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa”.

A Constituição de 1937 manteve referido dispositivo no artigo 156, alínea c. Igualmente, a Constituição de 1946 fê-lo em seu artigo 189. Na mesma linha, a Constituição de 1967 manteve o regramento da estabilidade e da vitaliciedade, somente podendo demitir-se os estáveis mediante processo administrativo e os vitalícios por sentença judicial.

Como acima se referiu, houve época em que a estabilidade fora concebida como um atributo pessoal do servidor e que o marcaria indelevelmente no serviço público. Dizia-se que o servidor *era* estável, utilizando-se do verbo *ser*, (do latim *sum, es, est*), indicativo de essência, de marca definitiva. A doutrina contemporânea tende a rejeitar essa visão, ao alterar o foco de análise da relação travada entre Estado-servidor, retirando-se a tônica incidente sobre o **sujeito** para projetá-la no **vínculo** firmado entre o Estado e agente. Assim, a análise do instituto transita do ângulo *subjetivo* para o ângulo *objetivo*. Vale dizer: afasta-se a idéia da estabilidade como atributo pessoal, ou como vínculo que une genericamente o servidor ao serviço público, de modo a concebê-la como sendo uma qualidade que emerge da *peculiar natureza que vincula o servidor ao serviço* do Estado em face do exercício de **determinado** cargo:

“A estabilidade é uma propriedade jurídica do **elo jurídico** que ata a pessoa estatal ao servidor titular de cargo público de cargo de provimento efetivo. A relação é firmada, de uma parte, pela pessoa estatal, mas ela se remete a um **cargo específico** quando provê e chama a nele investir-se o servidor. As únicas alterações possíveis nesse quadro são aquelas legalmente previstas, como se dá pela readaptação (condição pela qual a pessoa estatal designa o servidor para o exercício de outras funções em razão de doença ou qualquer outra forma de inabilitação superveniente à estabilização daquele vínculo).

Se o servidor fosse, ele próprio, estável (e aqui, note-se, o verbo é ser) – sendo diverso quando se coloca ser ele parte de uma relação jurídico-funcional dotada de estabilidade – após estabilizar-se essa relação estatuída entre as partes interessadas ele não necessitaria mais submeter-se a estágio probatório para qualquer outro cargo, nem se voltaria a cogitar da questão da estabilidade quando de sua investidura em outro cargo”.¹⁴⁸ (g.n).

Atualmente, com o advento da EC. n.19/98, o instituto adquiriu novos contornos: ampliou-se o prazo do estágio de prova de dois para três anos; inseriu-se a avaliação especial e obrigatória de desempenho ao cabo do estágio probatório, tornada condição para a estabilização; e, pode-se dizer, **generalizou-se** o mecanismo da avaliação de desempenho que outrora se realizava apenas durante o período probatório. Doravante, a avaliação de desempenho se estenderá a **todo o itinerário funcional**, inovação feita pela inserção do inciso III no § 1º do art. 41 da CR.

Ademais, além da demissibilidade em face da insuficiência de desempenho, a referida Emenda também criou a *demissão por excesso de despesas*, regulada na Lei n. 101/00, (Lei de Responsabilidade Fiscal) e na Lei n. 9.801/99, ambas regulamentadoras da previsão contida no art. 169, *caput* e § 4º da CR, às quais ao final desse capítulo brevemente se reportará.

A par das recentes alterações legislativas, é forçoso concluir que a estabilidade no serviço público **é uma conquista diária**, não uma *dádiva*. Ela não poderá ser uma mera *inferência* que resulta tão-somente do decurso de certo lapso temporal, mas deve ser uma **realidade verificada, mensurada, objetiva e objetivada**, de modo que somente Iha adquirirá aquele servidor que haja ultrapassado o triênio probatório e ***nele haver sido favoravelmente avaliado***. Portanto, decorrerá da junção de dois critérios: temporal e técnico, com evidente prevalência desse segundo. Desse modo, doravante, a estabilidade decorrerá, sobretudo, do esforço contínuo do servidor na melhoria de seu desempenho que, por seu turno, será periodicamente avaliado por comissão instituída para tal finalidade, segundo dispõe o PLC n. 248/98 em estudo.¹⁴⁹

Enfim, do cotejo das normas constitucionais e infraconstitucionais relativas ao estabelecimento e à ruptura do laço jurídico-funcional é possível concluir que

¹⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250-251.

¹⁴⁹ Àqueles que criticam o importante instituto da estabilidade falta, no mínimo, visão da história da Administração Pública nacional. Embora hoje os riscos do uso arbitrário do poder sobre a massa dos servidores seja menor, a manutenção do instituto ainda se legitima quer por sua versão protetora, quer pela necessidade imposta pela natureza ininterrupta e essencial das atividades prestadas pelo Estado. Noutros termos: proteger o serviço público importa em proteger a quem o serve à sociedade, aos servidores, atores absolutamente imprescindíveis à organização administrativa, sem os quais o Estado, *fantasmagoria jurídica* não é, não existe.

permanece *relativamente* estável o *vinculum juris* que ata Administração e servidor, porém, sem nenhum traço de definitividade ou perpetuidade como no passado se acolheu. Desse modo, vivido está no ordenamento o instituto da estabilidade e, como tal, rompendo a leiga e simplista visão de sê-lo um privilégio para afirmar-se como fator de profissionalidade no serviço público, visão, aliás, diga-se, nada inovadora, posto que norteara o Decreto-lei 200/67 em variadas passagens.¹⁵⁰

3- O dilema eficiência *versus* ineficiência: a inaplicação do poder dever disciplinar como vetor de ineficiência na Administração Pública

Em regra, todas as instituições submetem seus membros a algum tipo de regime disciplinar e fazem-no pela elementar razão de que o *poder disciplinar* é inerente a toda e qualquer organização. Na Administração Pública esse poder manifesta-se no processo disciplinar com vistas ao cumprimento do dever de zelar pelo “aperfeiçoamento progressivo do serviço público”.

¹⁵⁰ Buscando profissionalizar o serviço público, o Decreto-Lei 200/67 dedicou um título inteiro sobre a gestão de pessoal, sob a epígrafe “Das disposições referentes ao pessoal civil”. Nesse diploma, a meta da eficiência no desempenho e a profissionalização do servidor são temas recorrentes em variados dispositivos. Além de outros, veja-se o art. 116, I, que trata da competência primordial do DASP, e o art. 25, VII. Reitere-se que a *ratio essendi* do instituto da estabilidade é servir ao interesse alheio. Ela não é um fim em si ou uma premiação concedida ao servidor. Erige-se para perpetuar a prestação do serviço público, garantindo a necessária eficiência, eficácia e moralidade em sua prestação. Desse modo, não seria razoável aduzir qualquer relação entre a crise financeira estatal e a estabilidade e seus efeitos administrativos no setor público. Elaborar tal relação seria sofismar, atentar contra a sensatez: o inchaço da máquina, a ineficiência ou o excesso no gasto dos recursos públicos preexistem e independem do surgimento da estabilidade e seus consectários.

E o que vem a ser *disciplina* no serviço público? Em sentido corrente, *disciplina* é sinônimo de "obediência a regime de ordens imposta ou livremente consentida".¹⁵¹ Na Administração, constitui os direitos e deveres projetados ao agente público para o desempenho de suas atribuições. Assim concebida, a ***disciplina da eficiência*** no serviço público, ora perseguida através da avaliação de desempenho, há muito é tarefa legalmente predicada ao processo administrativo disciplinar. Entretanto, embora de antiga previsão, a *prática* do processo disciplinar parece ter-lhe conduzido a um entendimento um tanto *restritivo*, de modo que a referência à expressão "processo disciplinar" com não rara freqüência evoca a idéia de cometimento de infrações de natureza penal, em franco menosprezo às gravíssimas infrações tipicamente administrativas, como a da *ineficiência* funcional. Urge, pois, alterando tal visão, adotar-se um amplo conceito de disciplina como sendo a obediência a um regime imposto pelo *dever da boa administração*, como dizem os lusitanos.

Espécie do gênero processo administrativo, o processo disciplinar sempre constituiu instrumento hábil à imputação de responsabilidade administrativa ao funcionário que, no exercício do cargo, pratica atos ou incorre em omissões que violam atribuições ou deveres estabelecidos para a execução da função que desempenha, ou, que, mesmo fora da função, pratica atos que prejudiquem o bom desempenho do serviço.¹⁵² A essência desse clássico

¹⁵¹ DISCIPLINA. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etmológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 268.

¹⁵² Para Themístocles Brandão Cavalcanti "o direito disciplinar é parte integrante do direito administrativo, e regula as normas relativas às infrações dos regulamentos internos das repartições administrativas e respectivas sanções. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O funcionário público e o seu regime jurídico*. - comentário ao Estatuto dos funcionários públicos - Tomo II. Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1958. p. 223/7.

conceito está albergada na legislação infraconstitucional, no art. 148 da Lei 8.112/90:

“Art. 148 – O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Na mesma esteira, os arts. 121 e 124 do referido diploma estabelece a responsabilidade do servidor no desempenho de suas funções:

Art. 121- O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo **exercício irregular** de suas atribuições.

Art. 124- A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato comissivo ou omissivo praticado **no desempenho do cargo ou função.**(g.n)

Mesmo apesar da fluidez da expressão “exercício irregular”, não há como deixar de entendê-lo como sendo também o exercício ineficiente, irregularidade que nasce da prática da desídia no desempenho do cargo. Desse modo, a desídia é uma das espécies de irregularidade no exercício funcional, prevista no art. 132, XIII, da Lei 8.112/90 que dispõe que a transgressão ao inciso XV do artigo 117 - ou seja, o **procedimento de forma desidiosa** - implica **em sanção passível de pena demissória**.

Veja-se que **desídia** é a inação, a indolência no exercício da função. O vocábulo deriva-se do verbo latino *desidere*, que tem sentido literal de *estar sempre sentado, ser preguiçoso ou estar ocioso*. Assim, desidioso é o servidor inepto, indolente e que não corresponde às suas atribuições, pelo que, assim agindo, atrai a penalidade demissória prevista no inciso XIII do retrocitado art. 132.

Atua, ademais, em exercício irregular aquele servidor que desatende aos deveres que lhe são atribuídos, tal como o **dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo** (art. 116, inciso I).

Também esses dispositivos *não inovam* no que tange ao dever da eficiência administrativa. Themístocles Brandão Cavalcanti, ao comentar a revogada Lei n. 1.711 de 28 de outubro de 1952, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (pr sua vez antecedida pelo Decreto-lei n. 1.713 de 28 de outubro de 1939), asseverava que esse estatuto, ao tratar do estágio probatório dispunha, dentre outros, como requisito para aquisição da confirmação no serviço público **a eficiência**¹⁵³.

Ora, em sendo a eficiência requisito para a estabilidade e perseguido durante o período probatório, é elementar sê-la também meta permanentemente

¹⁵³ Rezava o parágrafo 1º do art. 15, do Estatuto de 1952, *verbis*: “No período de estágio apurar-se-ão os seguintes requisitos: I - idoneidade moral; II - assiduidade; III - disciplina; IV - eficiência”. (g.n). Nesse estatuto eram previstas outras hipóteses demissórias. O art. 209, por exemplo, previa a demissão gravada com a nota “a bem do serviço público” que se aplicava às hipóteses de crimes cometidos contra a Administração, como no caso de aplicação irregular de dinheiro público, na hipótese de revelação de segredo profissional, bem ainda na produção de lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção passiva nos termos da lei penal. As sanções ali previstas e as atuais, da Lei n. 8.112/90, são basicamente as mesmas, à exceção da pena de multa ora excluída do atual diploma.

desejável por todo o itinerário funcional. Como se vê, já àquela época a ineficiência poderia dar azo à demissão através da não confirmação do servidor no cargo.

Tenha-se também o Decreto-lei 200/67, arts. 26, inciso III, e art. 95, no qual se previa a meta da eficiência à Administração indireta.¹⁵⁴

Embora o texto não se refira explicitamente à Administração direta, não resta qualquer dúvida de que se o imperativo da eficiência obrigava à Administração indireta, com muito maior cogência obrigaria à Administração direta, precursora e inspiradora da criação dos entes descentralizados. Ademais, noutros dispositivos tem-se explícita a preocupação com a eficiência administrativa para **toda a Administração Pública**:

“Art. 95- O Poder Executivo promoverá as medidas necessárias à **verificação da produtividade do pessoal**

a ser empregado em quaisquer atividades da **Administração Direta ou de autarquia** visando a colocá-lo em níveis de competição com a atividade privada ou a

¹⁵⁴ “Art. 26- No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I, II- *omissis*; III- a **eficiência administrativa**.” A propósito, também dispunham sobre a eficiência no serviço o art. 94 e art. 95 do diploma. Constituía esforço do Poder Executivo promover, dentre outras medidas: “Art. 94, III - profissionalização e aperfeiçoamento do servidor público; fortalecimento do Sistema de Mérito para o ingresso na função pública, acesso a função superior e escolha do ocupante de funções de direção e assessoramento”. Por sua vez, o supra citado art. 95 dispunha sobre a adoção de medidas administrativas destinadas a tornar os custos da atividade pública (maiores resultados e menores custos, ou seja, eficiência) compatíveis aos custos próprios às atividades privadas, tornando competitivo o setor público. Para tanto, autorizou-se o administrador a adotar variadas medidas, inclusive a “eliminação de exigências de pessoal superiores às indicadas pelos critérios de produtividade e rentabilidade”. Destaque-se duas preocupações importantes no texto e que são ainda corroboradas por demais dispositivos ora não mencionados: a) a detecção de excesso de pessoal nalguns setores públicos; b) o desejo de instituir o mérito para o ingresso na função, inclusive para exercício de cargos e funções de confiança.

evitar custos injustificáveis de operação, podendo, por via de decreto executivo ou medidas administrativas, adotar as soluções adequadas, inclusive a eliminação de exigências de pessoal superiores às indicadas pelos critérios de produtividade e rentabilidade.”(g.n).

Sancionando as disposições acima, o art. 100 dispunha:

“Art 100 – Instaurar-se-á **processo administrativo** para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, **comprovadamente ineficiente** no desempenho dos encargos que lhe competem ou **desidioso** no cumprimento de seus deveres.”(g.n)

Além desses dispositivos, também os artigos 98 e 99 do citado decreto ocuparam-se de racionalizar o gasto de recursos públicos na remuneração de pessoal, de modo que, há quase quatro décadas, já se voltava o legislador à otimização do uso dos recursos públicos, preocupação hoje com explícita feição constitucional.

Desse modo, sempre se impôs o inafastável dever da promoção de processos disciplinares com vistas a apurar e reprimir condutas afastadas da preordenada finalidade pública da eficiência. Em sendo dever jurídico, a inércia do responsável pela disciplina funcional acarreta-lhe aplicação de sanções várias, decorrentes, inclusive, da prática de crime contra a Administração Pública, conforme disposto no Código Penal, art. 320.¹⁵⁵

¹⁵⁵ No mesmo sentido discorre Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. Malheiros Editores. 21 ed, p. 109.

Conclua-se, então, que o servidor, seja pela cogência dos princípios constitucionais, seja pela taxativa especificação legal, *há muito tem* como dever *agir com economia, razoabilidade, moralidade, assiduidade e presteza*, qualificativos englobados na expressão "**agir com eficiência**".¹⁵⁶ Tal situação revela que a simples existência da norma não garante mobilização e transformação da realidade.

3.1- As recentes bases constitucionais da eficiência de desempenho

Como se demonstrará, o texto constitucional destaca em variadas passagens o imperativo da qualidade ou da eficiência do desempenho administrativo. A Constituição ora acentua o desempenho macro-institucional, ora destaca o desempenho individual, dos agentes.

Ao nível mais amplo, a Constituição começa por inserir no *caput* do art. 37 a eficiência como regra principiológica magna, genérica e ordenadora de todos os aspectos da Administração Pública. Em seqüência, o § 3º do mesmo dispositivo prevê a criação de uma espécie de *código de defesa do cidadão-usuário* dos serviços públicos, para o que deverão ser criados órgãos de

¹⁵⁶ Como se vê, o PLC n. 248/98 contém um **dever já imposto à Administração na tutela da eficiência**, o que poderia sugerir a desnecessidade da "inovação legislativa" ora estudada. Porém, a edição do diploma parece encontrar, no mínimo, três justificações: a) os prementes anseios do gerencialismo presente nas últimas décadas; b) a plácida inação dos agentes responsáveis pelo cumprimento da disciplina da eficiência; e, ainda, c) a necessidade de conceder ao administrador regras processuais e materiais específicas, precisas e delimitadas aptas a promover a gestão da **grave infração da insuficiência do desempenho**. Ademais, parece explicar a edição do projeto um aspecto de ordem jurídico-cultural: o fenômeno das "*leis que não pegam*". Diante das fracassadas tentativas (?) de avaliação de desempenho (autorizadas em leis já referidas) a elevação da avaliação de desempenho a estrato constitucional parece ser uma dessas engenhosidades legislativas destinadas a sobrevalorizar o *preexistente dever*, fazendo-o **ressurgir** no cotidiano da Administração Pública nacional. Ademais,

defesa do cidadão, capazes de apreciar reclamações relativas à prestação de serviços públicos mediante realização de avaliações periódicas da qualidade dos mesmos.¹⁵⁷

Adiante, em atenção ao princípio da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, e visando a garantir a eficiência administrativa, dispôs o constituinte sobre a possibilidade de celebração de *contratos de gestão* entre os administradores dos entes descentralizados e o próprio poder público, contratos que deverão ter “por objeto a fixação de **metas de desempenho** para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre “os controles e critérios de **avaliação do desempenho**, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes”(art. 37, § 8º).(g.n)¹⁵⁸

O art. 39, *caput*, fora derogado para instituir novo tratamento à *eficiência de desempenho* do servidor. Ali se substituiu a fórmula do regime jurídico único e a previsão de planos de carreira por “conselhos de política de administração e remuneração de pessoal”, o que projeta clara *idéia* (oxalá a prática) de profissionalização do servidor público, porquanto parece ter pretendido o

referido instituto destina-se também a possibilitar ou a legitimar o Estado no cumprimento da meta financeira de redução de despesas.

¹⁵⁷ “Art. 37- A Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º- A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à **prestação dos serviços públicos em geral**, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a **avaliação periódica**, externa e interna da qualidade dos serviços; II - *omissis*; III - a disciplina da representação contra **exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função** na administração pública.”(g.n)

¹⁵⁸ Ora se evitará entrar no mérito da redação conferida ao dispositivo, em que se estabelece a contratação do Poder Público consigo mesmo, ou, ainda, que erige a via do *contrato* para objeto que simplesmente

legislador distanciar-se do conhecido carreirismo e do empirismo na gestão de recursos humanos, vez que previu a adoção de **políticas** nesse setor.

Na mesma direção prosseguiram os comandos dos §§ 2º e 7º do art. 39 ao disporem sobre a "criação de escolas de governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a *participação nos cursos* um dos requisitos para a promoção na carreira". Veja-se, aqui, a imposição de aferição de mérito como requisito ascensional na carreira, regra bem diversa da prática de até então. Por sua vez, o § 7º dispôs sobre a necessidade de que todos os entes da federação, e mesmo a Administração indireta, invistam os recursos derivados da economia com despesas correntes "em programas que promovam a qualidade e a produtividade, o treinamento e o desenvolvimento de pessoal, bem ainda o aprimoramento da estrutura e da organização administrativa."

Não parou aí o legislador. A avaliação de desempenho ainda aparece no inciso V do art. 173, também alterado pela EC n. 19. O texto se refere à lei complementar dispositiva de regras de atuação às pessoas jurídicas colaboradoras da Administração Pública na "exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços". Ali se prevê que as pessoas jurídicas deverão regular os "mandatos, **a avaliação de desempenho** e a responsabilidade dos administradores".

poderia o Poder Público *exigir* por força da lógica de comandos já existentes. A respeito, confira-se MELLO, cap. 5, 1999, p. 152-161.

Mais ainda: uma vez que o desiderato da eficiência e da eficácia refere-se à totalidade das ações estatais, ou seja, à atividade executiva, legislativa e judicial, não se circunscrevendo, pois, à Administração direta ou indireta, é dever que também se impõe às entidades subsidiadas por recursos públicos, conforme deflui do inciso II do art. 74 da Constituição da República.¹⁵⁹»

E, finalmente, o art. 41, §1º, III e 4º dispôs especificamente sobre a avaliação periódica de desempenho **do servidor**, tema central desse trabalho:

“Art. 41- São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º- O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo e que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante **procedimento de avaliação periódica de desempenho**, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa.

.....

§ 4º- Como condição para aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.(g.n)

¹⁵⁹ Art. 74 - Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – *omissis*; II – 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, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.”(g.n)

enfim, não é demais reiterar que a perseguição da eficiência e a cominação da sanção demissória ao servidor desidioso são condutas de antiga previsão (e baixa aplicação) em variados diplomas infraconstitucionais. Aliás, é dever que ora igualmente se impõe aos agentes submetidos ao regime do emprego público, os quais, equalizados pela variável eficiência (art.37, *caput*, CR), a ela se obrigam por força Lei n. 9.962/00.¹⁶⁰

Assim, ao soerguer o tema da eficiência de desempenho através de específico diploma, pretendeu o legislador reforçar a irrenunciabilidade do dever de proceder à avaliação, haja vista a histórica inércia dos gestores públicos quanto a tal aspecto. Em conclusão, é possível inferir que a ineficiência do servidor e a deficiência do serviço público decorrem, em parte, da *histórica ineficiência da Administração no manejo da ação disciplinar de avaliação de desempenho*.

3.2- Três razões do descumprimento da disciplina da eficiência

Sem exclusão de outras, em três poderiam ser sintetizadas as razões da quase ausência de avaliações de desempenho na Administração Pública: a) a negligência ou omissão do dever de avaliar, b) a ausência de sistemáticas

¹⁶⁰ Dispõe o art. 2º, IV, da Lei n. 9.962/00: “Art. 3º- O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração Pública nas seguintes hipóteses:

.....
 IV- **insuficiência de desempenho**, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas”. A teleologia, tanto dessa lei, quanto do PLC n. 248/98, indica inexistir óbice a que as regras nesse contidas possam no futuro ser analogicamente aplicadas para dirimir eventuais conflitos e lacunas na gestão da eficiência no regime de emprego público.

reflexões e práticas capazes de suportar efetivos e adequados processos de avaliação na esfera pública, c) a cultura avaliadora centrada no medo.

A primeira das razões consiste na falta de vontade política dos agentes disciplinares. Afora algumas rarefeitas práticas avaliativas, o que diuturnamente se praticou e pratica na Administração Pública, de todos os níveis governamentais, são ações disciplinares punitivas ou “derrubadas” de pessoal, práticas de natureza eminentemente política, e muito pouco técnica.

A segunda razão, correlacionada à primeira, provém de dificuldades teóricas e técnicas as quais resultam da quase ausência de *literatura jurídica* referente à temática da avaliação de desempenho na Administração Pública.

De fato, as raras produções existentes, e que de alguma maneira envolvem a Administração Pública, versam sobre *avaliação de políticas organizacionais (não de pessoas)*, como políticas e programas de saúde, de assistência social, de educação, etc, não se reportando à avaliação de desempenho do servidor. Ademais, referidas avaliações são costumeiramente praticadas sob a ótica da iniciativa privada e produzidas por *administradores privados*, com focalização exclusivamente administrativa, logo, despidas de elementos técnico-jurídicos. Note-se que tal realidade encontra evidente explicação histórica: a preocupação com mecanismos de avaliação de desempenho (quer desempenho institucional, quer pessoal) primeiro percorreu a iniciativa privada e, somente nas recentes décadas, como agora, é que aflorou ao setor público, preocupando, enfim, a organização estatal.

A terceira e última razão, também imbricada às demais, tem sua origem no *background* cultural pátrio, conforme visto no quarto capítulo. A cultura da avaliação foi e continua sendo, dentro das instituições nacionais, uma cultura meramente classificatória, adiagnóstica, uma cultura calcada no medo, no desprazer, o que dificulta sobremaneira a sua integração no cotidiano das instituições. Então, a inexistência de processos de avaliação eficientes explica-se pelo fato de que as poucas experiências efetuadas consolidaram uma espécie de *cultura de perseguição, de julgamento*, não de avaliação. Como se demonstrou, durante muito tempo o instrumental da avaliação deu-se tão-somente como mecanismo punitivo, no qual, com grande frequência, utilizava-se do “processo”, carente de objetividade e imparcialidade, como mero instrumento de legitimação de abusos de poder.

Por último, durante séculos e séculos a preocupação com o tema da avaliação de pessoas adstringiu-se às instituições de ensino. Tal fato explica a vasta produção intelectual sobre o tema nesse campo, bem como a projeção de seus sentidos e formulações sobre as demais instituições da sociedade, como à instituição pública. Contudo, importa considerar que a ausência de reflexões científicas ou sistematizadas acerca da avaliação de desempenho não significa que não tenham sido produzidas avaliações no seio da Administração Pública, posto que o ato de avaliar constitui realidade presente no âmbito de qualquer instituição, ainda que efetivada empírica e aleatoriamente. De fato, o que não se materializou ao longo dos anos fora uma *práxis* do avaliar, o que revela a pouca importância atribuída à avaliação dentro dos paradigmas administrativos até então consagrados pelo Estado brasileiro.

4- O procedimento administrativo disciplinar de avaliação de desempenho no Projeto de Lei Complementar n. 248/98

Antes de nuclear ao *iter* avaliatório, é necessário assegurar uma **visão panorâmica da proposição analisanda**.¹⁶¹

O projeto de lei está estruturado em *cinco capítulos*. O **primeiro** deles arrola "disposições preliminares" no qual estão contidos os fundamentos constitucionais da Lei Complementar. Nele também se especificam os destinatários da futura lei.

O **segundo capítulo** contém as *disposições nucleares* do projeto, reguladoras da *avaliação de desempenho*, ou seja, define os elementos que lhe são essenciais ou que suportarão o ato da avaliação do servidor. Organizado em *três seções*, a *primeira* estabelece os princípios retores do procedimento de avaliação, bem como os critérios a serem adotados por ocasião da mesma; a *segunda* traça algumas regras procedimentais peculiares ao processo de

¹⁶¹Note-se que a matéria de que trata o PLC n. 248/98 está veiculada por **lei complementar**, cuja edição requer observância de especiais requisitos de ordem *material e formal*, a saber: a) a normatização de *matéria* indicada na Constituição, e b) a observância do *quorum* especial previsto no art. 69 da CR, ou seja, manifestação de maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional. Dessa natureza ontológico-formal resulta que o futuro diploma conterá superior hierarquia em face das regras contidas na Lei n. 8.112/90 no que tratam da *demissão por ineficiência funcional*. Isso porque o novel instituto funcionará como regra subordinante do conteúdo da norma inferior quanto a esse destacado aspecto da gestão de pessoal. Não bastasse, também pelo critério da *especialidade* (art. 2º, § 2º, da LICC), em que a norma especial prevalece sobre a geral, doravante os atos de **avaliação de desempenho** deverão pautar-se pelas regras do futuro diploma. Então, por regular plenamente o *iter* da avaliação do desempenho o novel diploma, afastará, pois, as regras previstas no diploma estatutário acerca de tal aspecto do exercício funcional, na fase do processo disciplinar de avaliação de desempenho. No mais, por ocasião do **processo disciplinar demissional** (art. 11, PLC n. 248/98), a Administração seguirá as regras estatutárias.

avaliação e cuida, a *terceira*, de instituir mecanismos corretivos do desempenho insatisfatório do servidor.

O **terceiro capítulo** regula a efetiva *perda do cargo por insuficiência de desempenho* em cujas duas breves seções se dispôs sobre a exonerabilidade em face dos sucessivos conceitos obtidos no processo avaliativo, regulando, ademais, a publicidade do ato de desvinculação do servidor dos quadros da Administração.

O **capítulo quarto**, que tem como epígrafe "*da dispensa do servidor em atividade exclusiva de Estado*", arrola as atividades assim qualificadas, bem como estabelece certos privilégios no tratamento das mesmas.

Encerrando o diploma, o **quinto capítulo** estipula prazos especiais à execução da futura lei.

4.1- A locução *processo* administrativo

De raiz latina, o vocábulo *processo* é cognato do verbo *procedere* cujo significado abriga a idéia de dinamismo, de movimento para frente, de marcha ou avanço.¹⁶²

¹⁶² PROCESSO. CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. A tradução desse vocábulo latino evoca outro, derivado da língua grega, *método* (prefixo *meta+* + *odos* – substantivo: *caminho*) que tem sentido de *direção*, de *caminho adotado para se atingir certo resultado*. A compreensão técnica do que seja processo indica sê-lo o liame que ata os sujeitos numa dada relação social regida pelo direito - logo *relação jurídica* - com vistas à obtenção de um fim. Ocorrente na esfera judicial, essa relação busca a *juris-dicção*, e, na esfera administrativa, objetiva a variados fins, tais como a modificação, a extinção, a criação ou o reconhecimento de direitos, ou, enfim, a

Ao modo de proceder para a realização dos fins colimados pelo processo denomina-se *procedimento*. Utilizando-se das conhecidas categorias aristotélicas, poder-se-ia dizer que o processo está para a *forma*, assim como o procedimento para a *matéria*, o *conteúdo* ou os atos do processo. Enquanto aquele possui natureza teleológica e almeja alcançar determinado resultado ou fim, este cuida de materializar, no autêntico sentido desse verbo, aquela pretensão. Trata-se de instrumento ou meio para fazer concreta a vontade administrativa.¹⁶³

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, na democracia, "o processo administrativo surge como forma de superação da atuação estatal autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder, desempenhado por meio da atividade administrativa, ganha densidade e foros de evidência e eficiência social e política. Mais ainda, é por meio do processo administrativo –

materialização da vontade administrativa. Escapando da controvérsia doutrinária existente acerca do uso dos termos *processo* e *procedimento*, aqui se filiará à concepção de Odete Medauar adotada na monografia intitulada *A processualidade no Direito Administrativo*. Defende a autora ser mais adequado referir-se à atuação administrativa com o nominativo *processo administrativo*, por ser essa a terminologia eleita na Constituição em variadas passagens em que se alude ao *processo* na esfera da Administração (vide inciso LV do art. 5º; § 1º do art. 41; inc. LXII, b, do art. 5º; inc. XXI do art. 37). Adverte ainda que "o processo recebe a adjetivação do poder ou função de que é instrumento," permitindo identificar "a que âmbito de atividade se refere determinado processo," donde as expressões *processo jurisdicional*, *processo legislativo* e *processo administrativo*. O processo é meio, é caminho e não chegada. Essa só se materializa através da prestação da Justiça. Entendida, então, a razão de ser do processo, avulta evidente que o *procedimento* com ele não se confunde. O procedimento é apenas o *modus faciendi* via do qual a relação processual aparece, se exterioriza. Metaforizando tais conceitos, poder-se-ia dizer que o *processo* está para o itinerário, a *estrada a ser percorrida*, assim como o *procedimento* está para os elementos, as características, a coordenação de ações empreendidas para o percurso da estrada ou do itinerário.

¹⁶³ A submissão aos fins ou a instrumentalidade do processo em geral – aí a sua espécie administrativa – tem acolhida, inclusive, na regra do art. 244 do CPC que dispõe: "quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade". Na seara administrativa, a lição da precitada regra está em que a flexibilidade peculiar ao processo administrativo deve volver-se à concreção da eficiência na realização da atividade pública. Longe do menosprezo à necessária formalidade – assaz importante como mecanismo de controle do agir administrativo – ela deve ser concebida como garantia de objetividade, de retidão quanto ao proceder, quer do administrado, quer da Administração, jamais podendo ser concebida autonomamente, haja vista a sua essencial natureza instrumental.

em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativa”.¹⁶⁴

A par do exposto, a expressão *processo administrativo* tem amplo conteúdo abarcando, pois, à sua espécie, o *processo disciplinar*. O seu sentido amplo e genérico indica, determina ou ordena o modo de ação a ser empreendido pela Administração Pública com vistas a atualizar os seus fins. Trata-se, na expressão de Marcello Caetano, da “conseqüência necessária e orgânica da Administração Pública”. Sublinhe-se, então, que o processo administrativo deve ser o instrumento da justiça administrativa. Essa será a sua essência: **servir**, mediante os procedimentos que o tornam real – ou seja, a série de atos formais e coordenados – **à busca da verdade real relativa ao desempenho do servidor público.**

4.2- O objeto da avaliação de desempenho

Interessa ao trabalho tratar a *espécie* processo disciplinar de avaliação de desempenho. E uma vez que no capítulo anterior se discorreu sobre o conceito de avaliação, importa agora refletir sobre o sentido do vocábulo desempenho.

Nas palavras de Chiavenato (1993:8), as teorias administrativas envolvem o estudo de cinco variáveis básicas: *tarefa, estrutura, pessoas, tecnologia e*

¹⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 34, out/dez, 1997, p. 9.

ambiente. Para ele, administrar significa fazer as coisas através de pessoas, de sorte que "o desempenho é a **eficácia do pessoal** que trabalha dentro das organizações" (g.n).¹⁶⁵

Efetivamente, o elemento humano é fator determinante do êxito organizacional. São os indivíduos que fazem, decidem e planejam, enquanto as organizações, meras ficções legais, por si nada fazem, nada decidem, nada planejam. Portanto, avaliar aos agentes implica, de certa forma, avaliar a organização em que atuam, e vice-versa.

Colocada essa idéia, cuja oportunidade se verificará ao longo do escrito, importa aproximar-se do preambular art. 1º do PLC n. 248/98¹⁶⁶. Nele estão assentados os fundamentos constitucionais do projeto, ou seja, o inciso III, do § 1º do art. 41 e o art. 247, da Carta, *verbis*:

"Art. 41- São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§. 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I; II-.....

¹⁶⁵ Significativo é o etmo do vocábulo *desempenho*: tem raiz em *penhor*, donde os cognatos *empenho*, *empenhar*, *desempenhar*. O desempenho do servidor será a sua retribuição, em termos de eficácia e eficiência, do valor em si depositado por ocasião da investidura em cargo público.

¹⁶⁶ Todas as disposições do texto do PLC n. 248/98 serão aqui tratadas, porém, nem todas serão transcritas. Por essa razão, tendo em vista **facilitar a compreensão e a seqüência do raciocínio** feito neste capítulo, bem assim o conteúdo do projeto, sugere-se **visitação ao texto integral do PLC n. 248/98 anexado ao final deste trabalho.**

III- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”(g.n).

.....

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”.¹⁶⁷

O art. 2º do PLC n.248/98 trata do alcance ou dos destinatários da futura norma. Destina-se o seu conteúdo aos “servidores públicos estáveis da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Pelo disposto, a avaliação de desempenho se estenderá a todos os agentes que entretêm vínculo de trabalho estável com os entes estatais de qualquer poder e integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem ainda com as respectivas autarquias e fundações *de direito público*. Assim, todos esses estarão, doravante, submetidos ao processo de avaliação de desempenho.¹⁶⁸

¹⁶⁷ O supra referenciado art. 169 da Constituição determina que as despesas com pessoal de qualquer dos poderes não poderá exceder a limites previstos em lei complementar, limites hoje concretizados na Lei n. 101/2000. Já o § 7º desse mesmo artigo reporta-se à lei federal, Lei n. 9.801/99, que regulou a forma de exoneração de servidores estáveis, acaso as medidas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 169, CR, sejam insuficientes à adequação aos limites de gastos impostos pela Lei n. 101/2000. Porque vinculados àqueles aspectos da reforma que tangenciam direitos dos servidores, os mecanismos contidos nesses diplomas serão no sétimo capítulo brevemente referenciados.

¹⁶⁸ A distinção da terminologia aplicável aos que entabulam relações de trabalho com o Estado é de relevo ao tema. Segundo Di Pietro (1999:416) “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”. Tomando a categoria *servidores públicos* em sentido

Observe-se que o art. 2º, bem como a ementa da proposição, delimita a aplicabilidade do instituto aos servidores *estáveis*, de sorte que aqueles que ainda se encontrarem em estágio probatório deverão submeter-se ao regramento avaliatório segundo o procedimento estatutário (art. 20), com as garantias do contraditório.

4.3 – A periodicidade da avaliação

Esclarecido **quem** será avaliado, importa destacar **quando** terá lugar a avaliação. O art. 4º, § 2º, do projeto assegura que o ato avaliativo será anual.

Tal aprazamento atrai reflexão. Ora, avaliação é processo que deve realizar-se de modo constante e sistemático. Deve, também, conter uma racionalidade cientificamente estruturada e dedicada à *observação, detecção e intervenção* na realidade. Em sendo assim, afigura-se intempestivo e ineficiente aprazá-la em tão extenso interstício. Explica-se: a anualidade poderá dificultar a concreção da tríade *observação, detecção e intervenção* na realidade. Isso porque poderá suceder que ao cabo de tão amplo intervalo sejam

amplo, triparte-a em *servidores estatutários*, ocupantes de cargos públicos, *empregados públicos*, contratados pelo diploma trabalhista para assunção de emprego público, e *servidores temporários*, contratados para atendimento de necessidade temporária, os quais exercem apenas função pública. Sugere Celso Antônio Bandeira de Mello que o *nomen juris* servidor público ora trata-se de espécie do gênero *servidores estatais*, porquanto nessa categoria estariam também insertos, além dos servidores *titulares de cargos* no Estado, os empregados na Administração indireta pelo regime contratual, os contratados temporariamente (à luz do art. 37, IX, CR), os estabilizados por força do art. 19 do ADCT da Carta de 1988, e, ademais, os que servem às “pessoas governamentais de direito privado”, ou seja, aqueles empregados em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, instituídas pelo Poder Público e regidos pelo regime trabalhista. Veja-se que o texto denomina *servidores* tanto aqueles agentes admitidos na Administração direta, quanto na indireta (autarquias e fundações, obviamente de direito público). É de se concluir então que os contratados pelas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de Direito Privado terão seus contratos rescindidos por insuficiência de desempenho após apuração em procedimento especial – com garantia de recurso –, como se contém na Lei n. 9.962/2000, art. 3º, IV.

desconsiderados importantes elementos que sucederam no *cotidiano* do desempenho funcional.

A permanência do intervalo anual somente terá sentido se a Administração instituir meios capazes de verificar e coletar o desempenho do servidor em períodos bem menores no que tange àqueles critérios de qualidade, de quantidade, de *pontualidade e disciplina* contidos no art. 4º do PLC. Essa tarefa será fundamental porque, por ocasião do ato avaliatório anual, os avaliadores, para estarem capacitados e seguros a contrastar os dados reais de desempenho aos padrões desejados, precisarão ter produzido, **ao longo do tempo, observações** e respectivos *registros* do desempenho durante intervalos menores. Para tanto, precisarão, ainda, de haver *documentado* o desempenho do avaliando *durante* o período anual. Veja-se que a ausência de tais registros poderá lançar em descrédito a objetividade e a imparcialidade do processo, criando – ou acirrando – improdutiva resistência quanto à sua implementação.¹⁶⁹

Enfim, acaso a Administração assim não proceda, ou seja, não produza avaliações com menor periodicidade, poderá vir a prejudicar a diagnose da realidade em função da ausência de fatos e dados capazes de ofertar juízo -

¹⁶⁹ Com vistas a evitar a repetição de antigos vícios na gestão de pessoal (perseguições, favoritismo, politicagem, etc), poder-se-ia dizer que o êxito do processo de avaliação dependerá do manejo de três eixos, a saber: a) *transparência* (princípio da publicidade) – ou seja, os servidores envolvidos no processo de avaliação deverão ter acesso a todas as informações que lhes sejam referentes, de modo que possam manifestar-se sobre elas; b) *sinceridade de propósitos* (moralidade) - os envolvidos deverão acreditar na seriedade e objetividade de propósitos que orientam a melhoria dos sujeitos e da organização pública, o que gerará confiança e envolvimento no processo; c) *objetividade das regras* (princípio da legalidade e do procedimento regular) – é fundamental que as regras, critérios e procedimentos do processo de avaliação sejam fielmente perseguidos e suficientemente explicitados de modo a evitar a insegurança e a resistência dos que a ele se submeterão.

objetivo e seguro - acerca da conduta funcional. Isso porque poderá suceder que na avaliação anual prevaleçam juízos baseados em "memórias" e, ainda assim, relativas a apenas certos *intervalos* do desempenho ou - realidade muito comum - referentes apenas aos *últimos meses* do exercício funcional, o que não seria razoável. Portanto, em atenção aos aspectos expostos, seria razoável reduzir o interstício de apuração de desempenho para, no mínimo, seis meses.¹⁷⁰

Em atenção ao princípio da publicidade, e mesmo da ampla defesa, dispõe § 1º do art. 4º que os *critérios, normas e padrões* a serem utilizados no processo de avaliação de desempenho deverão ser *previamente* dados a conhecimento do servidor, ônus que se impôs ao ente ou órgão avaliador. Efetivamente, não seria minimamente razoável submeter o servidor a processo de julgamento inquisitorial, sem que lhe fosse dado conhecer o *funcionamento* da instância julgadora, os *critérios* por ela seguidos e os *padrões* de conduta dele esperados. Muito embora as genéricas atribuições do cargo sejam conhecidas pelo servidor, os níveis ou padrões de eficiência e eficácia de seu desempenho muitas vezes – para não dizer quase sempre – não o são porque inexitem na "gestão de desempenho" até então firmada no serviço público. Enfim, a prévia ciência dos padrões de desempenho pelo avaliando será condição fundamental

¹⁷⁰ O art. 7º do Projeto de Lei Complementar à Constituição mineira, PLC n. 26/2003 (acessível no endereço www.almg.gov.br) previa, acertadamente, a avaliação a cada período de *seis meses*. Contudo, a aprovação do texto – que resultou na Lei Complementar n. 71, de 30 de junho de 2003 - consagrou a anualidade do ato avaliatório.

para que ele se mobilize, ajuste o seu comportamento de modo a atender aos fins da unidade ou órgão em que atua.¹⁷¹

4.4- Os critérios da avaliação

O inciso I do § 2º, do art. 4º estabelece como critérios de avaliação a observância “de normas de procedimento e de conduta no desempenho das atribuições do cargo”. O texto não é explícito. Contém conceitos fluidos, o que impõe a necessidade de algum esforço exegético.

Qual o alcance da expressão “normas de procedimento”? Sem buscar maiores inflexões, parece que o propositor quis se referir ao manejo adequado,

¹⁷¹Note-se que por ser a avaliação ato de contrastar uma dada situação a padrões previamente estabelecidos, será necessário que em tais padrões estejam contidos os fins ou as metas do planejamento estratégico da Administração Pública, cuja concreção será imposta ao órgão, divisão, setor ou unidade de serviço. A idéia de *padrão* advém de Taylor para quem a *padronização* consistia na busca de uniformidade no desempenho de atividades de modo a reduzir custos e simplificar o gerenciamento. Padrão é uma “unidade de medida” tomada como critério de desempenho, de modo que, aplicado ao serviço público, representa o desempenho desejado ou projetado ao exercício do cargo ou função. Assim, a distância medida entre o desempenho do executor e o resultado/desempenho pré-ordenado no padrão é que demonstrará o grau de eficiência do servidor. Veja que questão oportuna está na possibilidade – não explicitada na proposição – de que os padrões de desempenho possam ser parcialmente negociados entre servidores e lideranças, o que seria recomendável. Tal possibilidade evitaria que a avaliação se operasse apenas a partir de padrões previamente concebidos por uma racionalidade burocrática e friamente prevista no descritor legal do cargo ou função. Aliás, melhor seria que aquelas descrições que definem tarefas (*o que fazer e o como fazer*, práticas muito comuns no serviço público) fossem substituídas por “áreas de resultados” do cargo, de modo a dimensionar a real contribuição da atividade em relação aos fins ou objetivos da organização. Em consequência, os tradicionais padrões utilizados para a avaliação do desempenho de cargos precisariam ser substituídos por novos indicadores, mais flexíveis. Para Lucena (1992:77) os padrões de desempenho se revestem de três naturezas: a) padrões de inovação, b) padrões de melhorias, c) padrões de continuidade. Então, como se diz na linguagem administrativa, padrão é “unidade de controle” destinado a mensurar *qualidade, prazo, quantidade e padrões de custo*. O padrão de qualidade, por exemplo, mensura especificações técnicas, princípios científicos, legislação, políticas e normas da organização, índices de acertos e de reclamações, etc. O padrão de prazo visa a medir datas, duração e períodos; o de quantidade, volumes, percentagens e valores, e, o de custo, orçamento, relação custo-benefício, despesas, preços e eliminação de desperdícios e/ou perdas. Note-se que para a implantação de *padrões de inovação* no serviço público será necessário rever a hígidez que marca as atribuições dos cargos e funções, haja vista que, como posto, os agentes tendem a fazer tão-somente aquilo que se acha descrito para o exercício dos mesmos, de modo a restar pouco ou nenhum espaço – diverso do que ocorre no setor privado – para que avaliador e avaliado tenham liberdade para, juntos, negociarem alguns aspectos das atribuições funcionais e, em consequência, dos padrões de desempenho.

técnico, das regras, instrumentos e recursos de que dispõe o servidor para efetuar determinada tarefa. Por esse critério, poderá o avaliador observar se obrou o servidor dentro dos padrões de perícia e prudência necessárias ao desempenho da tarefa que lhe compete.

No mesmo dispositivo, o termo seguinte, "**conduta**", aparenta ser mera redundância. Ora, o vocábulo "procedimento" é sinônimo de "conduta", tomando-se, então, desnecessário produzir ilações além das acima feitas. Poder-se-ia conjeturar, entretanto, - já que "nada há 'na lei' por acaso"- que o vocábulo pretende reportar àquelas *condutas* funcionais tipicamente subjetivas, inscritas nos deveres de zelo, de dedicação e de presteza incumbidos ao servidor.

Tal como noutro capítulo se afirmou, o princípio da eficiência alberga variados elementos. Dele derivam as características de zelo, celeridade, boa técnica e economicidade. Segundo ensina Marcello Caetano, citado por Alfaia (1985:90), ao servidor "não basta saber fazer; é preciso fazer bem, com diligência, com exatidão, com empenho"¹⁷². O dever do zelo identifica-se, então, ao dever da eficiência que se traduz, por sua vez, na obrigação da celeridade, no "estar em dia "com o serviço, evitando-se a morosidade no agir que tanto prejudica os destinatários do serviço e a reputação da Administração.

Também ao servidor cabe evitar erros nas atividades que realiza, independentemente de serem graves ou não. Isso porque o erro, quando não

evitado ou quando contumaz, desemboca em re-trabalho, em dispêndio de recursos humanos e materiais, podendo, quando não tempestivamente detectado, resultar em substanciais prejuízos quer a particulares, quer à Administração. Daí, o dever da boa técnica.

Mais ainda: incumbe ao servidor manipular adequadamente os recursos postos sob sua gerência ou disposição. Assim o fazendo, estará a concretizar o imperativo da economicidade, de sorte que aquele que evita o desperdício, que conserva o patrimônio, que usa com moderação e eficácia os recursos que dispõe trabalha em prol da eficiência. (Entretanto, no projeto não se fez inserir o adequado uso de recursos como critério de avaliação, lacuna inexplicável...).

Então, desempenho eficiente será aquele que consome os menores recursos possíveis, dentro de padrões de tempo, qualidade, quantidade e técnica razoáveis. Portanto, ora não basta (não é eficiente) a mera observância das regras e dos passos adequados ao agir: há que se vislumbrar sempre os *resultados* da atividade, tudo com vistas a adequar o desempenho aos padrões eleitos nos incisos I e II do § 2º do art. 4º do PLC os quais prevêm, além de regras técnicas (regras do fazer, *tecnè*, do grego, ou *know how*), a observância da “*qualidade*” e da “*economicidade*” no/do trabalho.

Veja-se que a produtividade do servidor será enfocada sob dois prismas: da **qualidade** e da **economicidade**. Isso significa dizer que não basta que produza o que dele se espera. Será preciso “produzir” bem o que espera

¹⁷² CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed. Almedina: Coimbra. 1965

(eficácia), isso através da prestação de bons serviços (qualidade) e com mínimos custos possíveis, ou, se preferir, gastando apenas os recursos necessários (economicidade-eficiência).

Importa alertar que o critério da economicidade não se circunscreve ao elemento econômico-material. Por ele há de se entender também o alcance de prazos razoáveis ou a celeridade capaz de desafogar a rotina administrativa e satisfazer aos utentes do serviço. Note-se que em face da histórica letargia burocrática que marca muitos ramos da atuação estatal, essa concepção do critério será igualmente importante na avaliação do desempenho.

Como o projeto contém variados conceitos imprecisos, a diretriz da *objetividade* deverá nortear os passos da avaliação, especialmente a detecção dos critérios de avaliação, determinantes do *status* funcional do servidor. Assim, os padrões de qualidade e de economicidade, previstos no inciso II do § 2º, do art. 4º, deverão ser o mais explícito e objetivo possível. Considere-se, e.g., o termo qualidade, um dos importantes critérios de avaliação adotados no texto. Esse conceito precisa ter a sua extensão reduzida, sob pena de ocasionar prejuízos ao procedimento avaliativo. Ou seja, será indispensável que a idéia da qualidade traduza-se em unidades de controle palpáveis, objetivas.

Tenha-se, por hipótese, o exercício das funções de um agente administrativo cuja rotina consista em atender e fazer a triagem de pessoas ou documentos num determinado serviço. Em tal atividade, os padrões de desempenho poderão consistir em: a) padrão de qualidade – no orientar com exatidão e

clareza à totalidade dos presentes; b) padrão de prazo – para fazê-lo dentro de determinado intervalo individual e geral; c) padrão de quantidade – como o de atender a determinado volume de demanda durante a jornada diária, semanal ou mensal, evitando-se, dentro de limites razoáveis, pendências. Vale dizer: nalgumas situações o aspecto do *controle*, ínsito à avaliação, será relativamente singelo, não atraindo complicações. Entretanto, se para algumas atividades o estabelecimento de padrões de qualidade prefigura-se relativamente simples, para muitos não o será, haja vista a miríade de atividades realizadas pela Administração Pública, bem como a complexidade que envolve o (bom) desempenho de muitas delas. Tenha-se, e.g., as atividades de procuradoria jurídica, de serviços médicos, educacionais ou as de um agente policial.¹⁷³

Conclua-se, então, que a efetividade da avaliação de desempenho demandará adequada compreensão das realidades avaliadas de modo que, para tanto, será indispensável promover a interdisciplinaridade das áreas jurídicas com os saberes técnicos de outras ciências.

Trate-se agora dos incisos II e III do art. 4º, que tratam, respectivamente, da **assiduidade** e da **pontualidade**, ali tornados *unidades de controle* de apuração do desempenho.

¹⁷³ Qual seria, por exemplo, o padrão adequado de desempenho de um policial militar? O número de ocorrências? De não-ocorrências? Será possível avaliar o seu desempenho sem consideração das múltiplas e intrincadas variáveis interferentes sobre a atividade que desenvolve?

A **assiduidade** encontra razão de ser no princípio da regularidade e da continuidade na prestação dos serviços públicos. Assiduidade significa “constância, continuidade, ininterruptão”, de sorte que o serviço público não pode dissolver-se por inação do servidor.

Adotando-se o conceito nessa abrangente acepção, resulta que o dever da assiduidade ultrapassa a mera presença física do servidor a um local ou a locais em que venha desempenhar sua função. Isso porque nada impede que ele compareça ao local devido, porém não preste, ou preste mal, as tarefas que lhe incumbem. Nesse caso, não haverá assiduidade. Ademais, serviços há cuja prestação é itinerante, errática, não se dando a medir pelo comparecimento a lugares predeterminados, de modo que, em qualquer caso, a assiduidade deverá ser aferida em função da solução ou não da continuidade na prestação do serviço.

Mais ainda. Atividades existem que se medem por tarefa, por resultado, de modo que pouco importa a presença do servidor a certo local, mas, sim, a entrega, em padrões de prazo, qualidade e quantidade, do resultado esperado. Entretanto, e diversamente, muitas outras atividades impescindem da presença física do agente a locais determinados ou determináveis. Nessas, a assiduidade se materializará pela efetiva presença do servidor, acrescida, obviamente, da adequada prestação das atividades que lhe incumbem, aspecto em que o dever da assiduidade conecta-se ao consagrado dever de zelo.

A **pontualidade** é outro critério dotado de sentido abrangente, cuja significação deverá ser encontrada em face da específica e concreta realidade avaliada¹⁷⁴.

Pontualidade reporta-se a tempo, a prazos, a momentos predeterminados ou predetermináveis para cumprimento de obrigações. Para aquelas atividades cuja prestação requer a presença e atuação do agente em locais especializados e permanentes, a pontualidade se referirá ao momento adequado do comparecimento ou saída do trabalho, de sorte que assiduidade e pontualidade serão, assim, deveres irmãos. Além de ser padrão de prazo para acesso ou saída do trabalho, a pontualidade abrange também a entrega de uma tarefa ou a conclusão de um complexo de ações para satisfação de um resultado.

Geralmente, mas não só, nas atividades-fim, em que se verifica o contato imediato dos servidores com o público, a observância desse critério se reveste de acentuado destaque, vez que o seu descumprimento ocasiona prejuízos imediatos aos usuários dos serviços, tornando assaz constrangedora, para não dizer tumultuária, o funcionamento do órgão ou unidade prestadora do serviço. Já noutras atividades, geralmente nas atividades-meio, costuma prevalecer a

¹⁷⁴Em mais esse aspecto, o PLC reproduziu disposição já contida na Lei 8.112/90, restando apenas saber como será mensurada a conduta de muitas categorias, de modo a qualificá-la de inassídua ou impontual. Isso porque, a cada "item de controle" deverão corresponder "padrões de controle". Desse modo, múltiplos deverão ser os instrumentos e diferentes as ponderações dos critérios quando da regulamentação da lei, de sorte que não será razoável exigir que certas categorias anotem a sua presença em livros ou máquinas de registro de frequência. Veja-se o paradoxo: a necessidade da criação de padrões parece rejeitar a estreita padronização. De todo modo, a impontualidade e a inassiduidade capaz de determinar a demissão será aquela que atinja proporções que obstem a eficiência do serviço. Note-se que na Lei n. 8.112/90 quando ocorrente a impontualidade dentro de limites razoáveis sanciona-se lhe com *advertência*; quanto à inassiduidade, quando habitual, com a pena *demissória*.

noção de pontualidade como sendo a satisfação de resultados e não a prática de ações pontuais ou estanques.

De qualquer modo, a pontualidade serve, no geral, ao bom funcionamento da Administração Pública a qual deve buscar a celeridade na oferta de respostas aos dinâmicos apelativos da vida social. A Administração Pública não pode coadunar-se com a desordem, com o descontrole de horários, enfim, com a irregularidade - o que sucederia, por exemplo, acaso não houvesse a previsão de marcos de início e término da rotina laboral ou da prestação de determinadas atividades.

Como se vê, a futura montagem dos instrumentos de avaliação, ou a regulamentação do instituto, certamente deverá considerar as nuances apontadas por tais critérios.

Encerrando a verificação dos critérios contidos no art. 4º, o inciso V instituiu a **disciplina**. E o que vem a ser disciplina? Disciplina significa um conjunto de conhecimentos organizados, ordenados, ou um conjunto de regras ou um regime livremente abraçado ou imposto. A raiz do vocábulo encontra-se no verbo latino *discere*, aprender, de modo que a disciplina no serviço público pode ser entendida como um conjunto de princípios, de regras e de procedimentos instituídos e assimilados para o exercício da respectiva função. Entendendo-a nesse lato sentido, pode-se afirmar que todos os critérios antes arrolados disciplinam o desempenho do servidor, de modo que a colocação apartada da *disciplina* como sendo critério de avaliação também aparenta ser

redundante. Aliás, desse sentido utilizou-se o legislador infraconstitucional na Lei n. 8.112/90, ao inserir sob a epígrafe "do regime disciplinar" todo um conjunto de deveres, proibições, responsabilidades e penalidades endereçadas ao servidor. Nesse diploma estatutário, a disciplina abriga vasto repertório de ações, vedações e imposições ao servidor, pelo que a *disciplina da vida funcional* nele é concebida em considerável latitude.

Outra interpretação plausível capaz de explicar o destaque dado ao critério talvez esteja na pretensão de que se venha avaliar o conjunto de outros atributos não necessariamente técnicos, porém requeríveis ao exercente da função pública: os atributos de *ordem ética*. Então, tendo-se referido apenas ao genérico termo *disciplina* e à falta de melhor exegese, poder-se-ia entendê-la, por analogia, como sendo a obediência àqueles elementos já consagrados na Lei n. 8.112/90, sobretudo no art. 116 e 117, os quais tratam dos deveres e das proibições dirigidas ao servidor.¹⁷⁵ De qualquer modo, trata-se de critério cuja vacuidade, se não tecnicamente reduzida em regulamento, poderá gerar entraves ao princípio da objetividade que deve nortear a investigação do desempenho.

O § 3º do ar. 4º do PLC n.248/98 estabelece a necessidade de que os critérios de avaliação sejam ponderados e aplicados acorde à natureza ou às

¹⁷⁵Dispõe o art. 116 da Lei 8.112/90 que são *deveres* do servidor a lealdade às instituições, a observância de normas legais e regulamentares; o cumprimento de ordens superiores; o atendimento com presteza; a urbanidade, etc. O art. 117 trata de *proibições* como a de ausência não autorizada do serviço durante o expediente; a promoção de manifestações de apreço ou desapeço que tumultem a rotina administrativa; o valer-se do cargo para obtenção de proveito pessoal ou de terceiro; a prática do nepotismo; a percepção de propina, comissão, presente, ou vantagem de qualquer natureza em razão do seu ofício, etc.

peculiaridades da função e segundo as competências do órgão ou entidade em que se dará a avaliação. Trata-se de medida indispensável, posto ser impossível uniformizar a aplicação e a ponderação de critérios de julgamento ante a enorme diversidade de funções desenvolvidas na esfera pública. Em função da extensão da máquina administrativa, a aplicação do instituto demandará a instituição de programas institucionais de avaliação de desempenho específicos a cada órgão ou entidade, de sorte a adequarem-se aos pressupostos básicos das atividades desenvolvidas.

Entretanto, ressalva o dispositivo que, em qualquer hipótese, a insuficiência de desempenho somente se firmará pela *habitualidade*, ou seja, pela *contumácia* no desatendimento de qualquer um dos critérios previstos no § 2º do art. 4º. Ademais, a materialidade da ineficiência ou da ineficácia no cumprimento das atribuições funcionais levará em conta a ponderação dos fatores de desempenho que certamente será fixada em regulamento.

Como derradeira observação, tenha-se que a proposta *economizou* desnecessariamente no elenco dos critérios de avaliação. Importantes aspectos capazes de aferir a *competência emocional* dos servidores sequer foram aventados no texto. Outros elementos, como a *aptidão para o trabalho em equipe*, a *flexibilidade para aquisição de novas competências*, ou, ainda, elementos de natureza técnica, como o *aproveitamento em cursos e programas de capacitação*, constituem inexplicáveis lacunas do texto.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Segundo a primitiva proposta enviada pelo Executivo, do texto constavam os seguintes critérios: qualidade de trabalho, produtividade de trabalho, iniciativa, prestação, aproveitamento em programas de

4.5- O procedimento de averiguação da eficiência

Esclarecido o que é avaliar e quando avaliar importa clarificar os responsáveis, o modo e os fins do processo avaliativo, ou seja, quem, como e para que avaliará.

O art. 5º do projeto dispõe, *verbis*:

“Art. 5º- A avaliação anual de desempenho será realizada por comissão de avaliação composta por quatro servidores, pelo menos três deles estáveis, com três anos ou mais de exercício no órgão ou entidade a que estejam vinculados, e todos de nível hierárquico não inferior ao do servidor a ser avaliado, sendo um o seu chefe imediato e outro um servidor estável cuja indicação será efetuada ou respaldada, nos termos de regulamento e no prazo máximo de quinze dias, por manifestação expressa do servidor avaliado”.(g.n).

Algumas observações se impõem. Primeira: o texto menosprezou a necessidade de que todos os membros da comissão tenham formação equivalente ou superior ao avaliado. Embora haja disposto sobre o equilíbrio

hierárquico, faltou destacar a necessidade de que estejam os avaliadores, no mínimo, *técnica e competencialmente* equiparados ao avaliando.¹⁷⁷

A julgar pelo conteúdo do dispositivo supra, poderá suceder que embora hierarquicamente superior, o servidor-avaliador não detenha formação ou capacidade adequada a promover juízos acerca da conduta profissional do avaliando. Tal situação terá lugar naquelas hipóteses em que servidores que ocupam cargo em comissão ou função de confiança - para os quais não se requer, necessariamente, adequada formação profissional - venham atuar como "juízes" designados pela Administração.¹⁷⁸

Embora a assunção de cargos dessa natureza demande desenvoltura de autênticas *competências*¹⁷⁹, essas restam freqüentemente inobservadas na gestão de recursos humanos no setor público. Ou seja, cargos e funções de confiança continuam sendo delegados a agentes muito mal preparados ou pouco conhecedores da rotina e da peculiaridade que marca a organização pública. Em se considerando que tais agentes comporão a comissão avaliadora, grave será o risco de se *pre-judicar* a apreciação dos aspectos

¹⁷⁷ Novamente, quanto a esse particular a Lei n. 8.112/90, ao tratar do processo disciplinar no art. 149, assentou melhor técnica ao prever nível de escolaridade aos julgadores ao menos equivalente à dos indiciados.

¹⁷⁸ Ora, por força da cultura administrativa, tais cargos ou funções são preenchidos com atenção muito mais a aspectos políticos do que técnicos, razão pela qual o legislador constituinte derivado, na tentativa de contrariar essa costumeira prática, delimitou o provimento de tais cargos e funções apenas para o exercício de "atribuições de direção, chefia e assessoramento", evitando-se, com tal medida, a desordenada criação de cargos e funções de confiança para desempenho de atividades mezinhas, como moeda de troca política.(art. 37, inciso V, da Constituição na redação dada pela EC n. 19/98).

¹⁷⁹ O conceito de *competências* está expresso no capítulo 4.

técnicos do desempenho em razão da absoluta incompetência dos avaliadores, o que seria de todo inadmissível.

Espera-se, contudo, que as lideranças existentes na Administração, em fiel observância aos elevados preceitos que norteiam a proposta de avaliação de desempenho, designem servidores habilitados e competentes para o exercício da importante função de julgar.

A segunda observação reporta-se ao aprazamento de razoável período de convivência entre avaliadores e avaliados, condição fundamental para o exercício da avaliação.

Ora, por que *quatro* são os avaliadores, sendo *três* deles servidores estáveis - portanto com mais de três anos no serviço público (como se depreende do art. 41, CR) - *todos* deverão, portanto, possuir no mínimo três anos de convívio com o avaliado no órgão ou entidade em que se dará a avaliação. Note-se que o texto se reporta ao órgão ou entidade "a que estejam vinculados", e aqui se está a referir aos avaliadores, não ao avaliado. É o que demonstra a interpretação gramatical. Desse modo, quer o diploma assegurar que avaliados e avaliadores tenham significativo período de convivência profissional de modo que os segundos possam conhecer o objeto, ou seja, a realidade que avaliarão.

A previsão acima é profundamente relevante haja vista não ser possível avaliar o que não se conhece. Ainda assim, difícil será a tarefa de avaliar porque, em

se considerando as dimensões físicas, estruturais e humanas das entidades e órgãos que compõem o setor público, raramente os avaliadores poderão conhecer, com a necessária suficiência, a realidade próxima do avaliado (a menos que fossem extremamente pulverizadas as comissões avaliativas por órgão ou entidade, o que não seria razoável e sequer eficiente).

Uma terceira observação relevante diz respeito à *estabilidade* dos avaliadores. O texto assegura que os avaliadores entretenham vínculo permanente com a Administração, de modo que *três* deles deverão ser estáveis. Por expressa dicção legal, entre os estáveis estará o servidor indicado pelo avaliado. Restará, então, na comissão, outros *dois* servidores e o *chefe* imediato do avaliado, entre os quais *um* poderá ser não-estável, ou seja, possuir menos de três anos no serviço público ou haver sido nomeado fiduciariamente. Como se vê, esse servidor não estável poderá ser o chefe do avaliado, dada a natureza do provimento dos cargos de “chefia”.

Há que se destacar os riscos dessa possibilidade. Riscos decorrentes do fato que, de um modo geral, os chefes, ditos imediatos, nem sempre conhecem a realidade de seus subordinados. Muitas vezes exauridos por atividades várias, ou afetos a questões destiladas da submissão fiduciária que entretêm com o governante, costumam “conhecer” a realidade do servidor apenas mediatamente, ou seja, através de relatos de demais subordinados ou por outros meios. Tal aspecto é profundamente preocupante na medida em que os *chefes* exercem considerável influência no cotidiano da Administração, ainda possuindo imensos poderes e instrumentos capazes de “orientar” a seus

comandados. Por certo, tal categoria de agentes muito influirá nos trabalhos da comissão avaliadora de desempenho.¹⁸⁰

Quarta observação: o projeto não dispôs sobre o nível de escolaridade requerível aos avaliadores. Tendo em vista a grande responsabilidade de tais servidores na condução do processo, muitíssimo razoável seria que detivessem nível de escolaridade igual ou superior ao avaliado. A respeito, contém melhor técnica a redação dada pela Lei n. 9.527/97 ao art. 149 da Lei n. 8.112/90, pela qual se previu devida formação escolar aos integrantes da comissão disciplinar.

Outra questão igualmente esquecida pelo propositor diz respeito à vedação da presença, na comissão avaliadora, de cônjuge, companheiro ou parente consaguíneo ou afim do avaliado. Considerando-se que o futuro diploma destina-se a regular a gigantesca estrutura administrativa federal, teme-se o que se possa praticar ante a ausência de expressa proibição a respeito. Preocupa, sobretudo, o que poderá suceder naqueles rincões do país onde prevalecem, com maior evidência, os traços administrativos patriarcal-coronelistas.

¹⁸⁰ Ora, permitir-lhes julgar uma realidade que pouco (lembre-se que o "chefe", ou outro servidor, poderá ser não-estável, logo possuir menos de três anos de exercício no órgão/entidade em que atua o avaliado) ou nada conhecem será atitude temerária e que porá em risco a vitalidade do instituto analisando. À exceção dessa insustentável exceção feita no projeto, no mais se deverá assegurar entre avaliadores e avaliados - mesmo em face daquelas situações em que qualquer dos avaliadores venha ser substituído durante o período de avaliação (v.g., pela aposentação) - o lapso mínimo de três anos, tempo que tem por fim aproximar o avaliador da rotina do avaliado.

Na indicação daquele servidor encarregado de atuar na comissão por “expressa manifestação” do avaliando, há que se entender pelo termo “expressa” a colheita de inequívoca manifestação do avaliando. Tal manifestação deverá concretizar-se por denominação a ser atemada e assinada nos autos de avaliação ou por aceite formal e objetivo, não bastando que a comissão faça mera referência ao cumprimento do ato, porquanto é formalidade expressamente requerida no texto.

4.5.1- As competências da comissão avaliadora

A autoridade da comissão avaliadora decorrerá de vários fatores. Um deles é a permanência ou a estabilidade temporal de seus membros constituintes, descartando-se, obviamente, *apenas* aquele servidor cuja indicação venha ser respaldada ou indicada pelo avaliando.

De fato, convém, e muito, sejam as comissões de avaliação de desempenho razoavelmente permanentes ou duráveis. A razão para tanto está em que da permanência advêm benefícios como experiência, aquisição de novas habilidades, uniformização de critérios de análise e julgamento, fatores que resultam em maior capacidade técnica, celeridade e segurança na apreciação do desempenho. Por meio da durabilidade da comissão se permitirá a produção de juízos mais adequados ou *pertinentes* ao objeto avaliado os quais brotarão do reiterado contato dos avaliadores com a realidade avaliada, com os avaliandos e com hipóteses assemelhadas de desempenho. Admitir-se a

criação de comissões avaliativas *ad hoc* seria não apenas administrativamente impraticável, mas, sobretudo, irrazoável e ineficiente.¹⁸¹

Desse modo, em função das atribuições incumbidas à comissão, será importante que se constituam equipes minimamente permanentes e compostas por sujeitos que detenham adequada formação em face do objeto avaliado, comprovada conduta ética e significativos conhecimentos em Sociologia das profissões, em Psicologia, Filosofia e Direito, membros que deverão dedicar-se exclusivamente ao manejo do desempenho pessoal e institucional.¹⁸²

Uma outra importante consideração. A equipe de avaliação deverá ser **multiplamente competente**. A ela incumbirá, além da laboriosa tarefa de avaliar, a indicação das “medidas de correção necessárias”, especialmente aquelas relativas à “capacitação ou treinamento” do avaliado. É o que se depreende do art. 8º, *caput*. Ora, para o desempenho dessas atribuições, os avaliadores deverão estar *suficientemente capacitados*, ou seja, além de diagnosticarem o desempenho, deverão receitar adequados “remédios” para sanar a deficiência. Observe que a prática de tais ações requererá profundo conhecimento do objeto da avaliação. Assim, o superior hierárquico e os

¹⁸¹ Note-se, porém, que será fundamental que as várias comissões a serem constituídas no órgão ou na entidade estejam sob a coordenação de um núcleo de poder que se responsabilize e concentre decisões acerca de planejamento e gestão de pessoal. Isso possibilitará a padronização de condutas básicas, “universalmente” aplicáveis, evitando atuações solitárias, dispersas e desordenadas.

¹⁸² Entretanto, a permanência no exercício de certas funções, sobretudo em funções “quase-jurisdicionais” como as exercidas pela comissão, costuma também produzir vícios terríveis. Dentre eles, e no aspecto moral, a corrupção; no técnico, a acomodação. Então, embora contenha efeitos benéficos, importará estar atento para coibir os riscos da longevidade da comissão tornando-a, por sugestão, após razoável lapso de tempo, **gradativamente renovável**. Nesse sentido, *acaso se venha de fato imprimir seriedade* ao processo de avaliação, será fundamental que as instâncias superiores efetuem avaliações periódicas do desempenho das comissões de avaliação.

demais avaliadores deverão conhecer os *padrões de desempenho* projetados bem como a *rotina* do servidor com vistas a contrastar a ambos. Tal observação precisa ser considerada pelo fato de que muitas vezes o superior hierárquico, como acima destacado, seja por desleixo ou por excesso de incumbências, desconhece a realidade laboral de seus subordinados.

Em função das observações ora feitas, fator relevantíssimo à avaliação de desempenho será a constituição de boas equipes de avaliadores, posto que de seu esforço se nutrirá a futura lei. Desse modo, não se poderá confiar a aventureiros pouco preparados o impulso de um processo tão importante e do qual resultarão significativos efeitos sobre a vida institucional e do avaliando. Para a instituição pública, a avaliação indicará caminhos de superação de dificuldades, de crescimento, de democratização no uso e distribuição de seus recursos. Para o servidor, poderá produzir reconhecimento, profissionalidade, ganhos afetivos e financeiros, podendo, também, resultar na maculação de sua imagem, ou, como sanção terminal, em sua demissão e a conseqüente perda do meio de sobrevivência, efeito particularmente grave.

Justamente por tais efeitos que neste trabalho se acentua que os juízos da comissão deverão firmar-se na estrita obediência àqueles princípios arrolados no capítulo terceiro, na produção de elementos objetivos, transparentes, pertinentes e acessíveis ao avaliando.

Conforme dispõe o § 1º do art. 5º, a **homologação do resultado final** contido no *termo final* de avaliação incumbirá ao agente hierárquico imediatamente

superior àquele que participou da comissão avaliadora. Textualmente: “a avaliação será homologada pela autoridade imediatamente superior”. Note-se que o verbo usado é **será**, de sorte que o ato homologatório impõe-se ao superior hierárquico, vinculando-lhe a ação. Note-se, ainda, que a imperiosidade desse comando é temerária mesmo que não se trate, ainda, do processo disciplinar demissório, no qual, aliás, permite-se à autoridade homologadora divergir do *relatório* apresentado pela comissão processante (art 168, § único da Lei n. 8.112/90). No extremo, o PLC n. 248/98 não excepcionou a faculdade de divergência do superior sequer naquelas situações em que ocorram vícios graves, quase evidentes, erros, omissões e lacunas na apuração do desempenho funcional, quer no aspecto material, quer no processual.

Uma possível, porém incrível, razão para tanto pode estar no fato de que a demissão do servidor somente virá depois, com a instauração do competente processo disciplinar demissório (art.11 do PLC.). Contudo, seria muito mais razoável e econômico que diante da constatação de vícios evidentes se pudesse, desde logo, acertar o caminho do processo disciplinar de avaliação de desempenho. Isso por variadas razões.

A primeira delas é que ao servidor será muito mais penoso, senão impossível, desconstituir, no ulterior processo disciplinar demissório, aquele juízo sobre ele já firmado durante as várias etapas já percorridas em que ter-se-lhe-á dada a oportunidade de exercer (por si!!) o devido contraditório.

Outra razão está em que melhor se atenderia ao princípio do contraditório e da busca da verdade real se se facultasse ao superior hierárquico divergir, motivadamente, do termo final de avaliação. Tal procedimento não somente atenderia ao tão enaltecido princípio da instrumentalidade das formas, como também ao princípio da eficiência, esse, pelo vetor celeridade, posto que se evitariam posteriores delongas na esfera administrativa ou judicial as quais só fazem exaurir a capacidade e a qualidade do funcionamento da Administração.¹⁸³ Então, apesar da razoabilidade de tais considerações, trilhou o projeto caminho oposto.

Ultrapassada essa querela, a seguir, o texto apresenta o *dever da motivação*, expresso no § 2º do art. 5º. O comando obriga a que todos os atos concorrentes ao resultado final da avaliação sejam objetivamente dados a conhecimento. Portanto, deverão ser indicados todos os “fatos, circunstâncias” e “demais elementos de convicção”. Até mesmo o procedimento da colheita das provas testemunhais e documentais deverá ser relatado, tudo com vistas a oportunizar a transparência, a objetividade e o necessário contraditório no *iter* que forma a convicção da comissão de avaliação.

Corroborando tal intento, vem o § 3º assegurar “o direito do servidor de acompanhar todos os atos de instrução do procedimento” avaliativo.

¹⁸³ Porém, a julgar pelo fato de que a comissão que julga será quase integralmente nomeada pela autoridade administrativa, dificilmente ocorrerá divergência entre a autoridade homologadora e o relatório da comissão. É por tal razão que o controle do processo de avaliação de desempenho é questão fundamental, a ser posta sob ampla avaliação do Judiciário, haja vista que nele o servidor poderá ser vitimado pelo arbítrio do administrador.

Surge aqui outra importante questão. A de saber se o servidor poderá fazer-se representar por procurador, advogado ou não, por ocasião da instrução do processo de avaliação de desempenho. A análise textual assenta que não. Na mesma direção aponta o conteúdo de todas as regras contidas na seção II do projeto, bem ainda o comando inserto no estudado art. 3º da proposição que prevê a aplicação apenas das “normas gerais” do processo administrativo (Lei n. 9.784/99) ao processo de avaliação. Ora, tais *normas gerais* – na realidade o capítulo primeiro do diploma – não prevêm representação por procurador, regra contida apenas no art. 156 dessa lei.

Ademais, o próprio texto do projeto confirma a impossibilidade da representação técnica ao instituir a pálida figura do “defensor do avaliando”, papel incumbido àquele servidor indicado ou respaldado pelo servidor nos termos do art. 5º, *caput*. *Pálida* figura, porque detentor apenas de voz, e não de poderes deliberativos nas reuniões da comissão - § 5º, art. 5º, PLC n. 248/98.

Assim, justamente por ocasião das etapas e dos procedimentos encarregados de *preparar* o resultado final da avaliação (ao cabo de cinco anos) o servidor se manifestará por si e pelo servidor por ele admitido na comissão. Somente depois, no processo disciplinar que almeja a edição do ato demissório (art. 11, PLC), é que poderá agir por procurador.

Ora, ao não possibilitar a produção de efetiva defesa do servidor por ocasião da investigação de desempenho, o autor da proposição está a menosprezar o fato de que o processo disciplinar de avaliação de desempenho é que ofertará

real suporte à eventual demissão do servidor. Através dele serão colhidos fatos, dados, números, percentuais, enfim, **provas** que fundamentarão o posterior ato demissório. Ele funcionará como prévia instrução ao processo disciplinar previsto no art. 11 do projeto. E, como acima dito, uma vez erigidas as **provas** pela comissão avaliadora, será difícil ou impossível ao servidor desconstituí-las no processo demissional, a menos que a ilegalidade na colheita das mesmas ou na condução do processo seja brutal.

Tenha-se mais: a) diante da significativa capacidade da Administração na produção e colheita de provas, b) diante de uma comissão composta de **três** representantes da Administração, cuja imparcialidade nem sempre é evidente, e c) tendo em vista a inabilidade técnica do servidor por elaborar, por si, adequada defesa – defesa técnica –, o resultado do processo de avaliação poderá materializar injustiças as quais terão difícil e morosa solução em sede judicial. E, o pior: poderá resultar que em face desses riscos os processos de avaliação de desempenho desemboquem em avalanche de ações no Judiciário. Acaso isso ocorra, ter-se-á severamente prejudicada a imagem do instituto e a “adesão” ao mesmo, comprometendo, assim, o “ideal” ora defendido à futura lei, qual seja, a perseguição da eficiência e a **valorização profissional do servidor**.¹⁸⁴

¹⁸⁴ A par das considerações feitas no capítulo de ingresso, ao se observar o amplo cenário reformador seria ingênuo afastar a realidade de que a lógica que parece movimentar a “inovação jurídica” da demissão por insuficiência de desempenho (assim como a demissão por excesso de quadros) apresenta matiz prevalentemente econômica, vocacionada ao equilíbrio fiscal. Desse modo, pouca atenção parece ter sido dada ao aspecto propriamente *gerencial* da reforma, ou seja, àquele destinado a promover a profissionalidade e a qualificação do servidor e do serviço público. Oxalá esse prognóstico financista não se consuma ou que, ao menos, não seja ignorada a importância de se promoverem **políticas** de gestão do fator humano na organização pública. Ora, acaso prevaleça o *animus* meramente econômico da reforma, restarão intactas a estrutura e a cultura organizacional caducária que marca a Administração Pública, conforme alhures demonstrado.

A imprevisão da defesa técnica é preocupante porque as avaliações anuais serão decisivas no processo geral de investigação de desempenho. *Decisivas* porque, como dito, a cada consumação da etapa de investigação serão produzidas provas que serão posteriormente utilizadas no processo disciplinar demissório. Aqui está o absurdo: prover a coleta de provas, a instrução do processo sem a oportunizar-se a **devida** ou **adequada** defesa ao servidor. Assim agindo, se estará a ferir o intocável direito ao exercício do contraditório uma vez que a “defesa” será feita por quem não possui habilidade em distinguir e atacar desvios, sobretudo de ordem procedimental, no fluir do processo de avaliação.

Desse modo, considerando-se a *determinância* da avaliação de desempenho no desfecho do processo demissional, não há como assentir não possa o servidor *tecnicamente* defender-se. A respeito, transcreva-se a lição de Medauar

“Nos processos disciplinares de servidores, que possam resultar em penas graves, já se firmou tendência no sentido da necessidade de defesa técnica, cabendo ao poder público a indicação de defensor dativo, quando o servidor estiver desassistido, ou verificar-se revelia”.¹⁸⁵

Tenha-se, pois, que de nada adiantará a previsão dos basilares princípios cravados no art. 4º do PLC n. 248/98 se, em sua *aplicação* ou *na prática* do

¹⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

futuro diploma, vierem faltar reais e efetivos meios de concretizá-los. Se assim se consumir, terão tido função de mera alegoria no texto em estudo, conduta juridicamente indefensável.

Enfim, e novamente, não se pode esquecer da amplitude do cenário em que se dará o processo de avaliação. No imenso universo da Administração federal, mormente naquelas regiões mais "simplórias", muitos serão os servidores inábeis em defender-se ante o orquestrado poderio da Administração. Tal situação sinaliza grave vício de inconstitucionalidade presente no projeto, na medida em que se "obstrui" o direito de defesa do servidor e que ninguém pode ser "condenado" sem que antes possa *adequadamente* defender-se.

Feitas essas considerações, cumpre mencionar que o art. 7º determina a registrabilidade e a guarda de todo o itinerário percorrido no processo disciplinar de avaliação. Deverão ser arquivados instrumentos, métodos e critérios adotados pela comissão que tenham concorrido para a obtenção de seus resultados materiais, bem ainda os mecanismos processuais (recursais) praticados. Tal disposição, além de atender às necessidades administrativas quanto à gestão de pessoal, obedece ao princípio da publicidade, porquanto no agir administrativo a publicidade é a regra e o sigilo raríssima exceção (inciso XXXIII e XXXIV do art. 5º da Constituição)

A respeito, cumpre anotar o que diz Carlos Ari Sundfeld. Para ele, "a razão de ser da Administração é toda externa. Tudo o que nela se passa, tudo que se faz, tudo que possui, tem uma direção exterior (...) mesmo os recursos que

manipula não são seus: vêm dos administrados individualmente considerados e passam a pertencer à comunidade deles (...) mesmo os atos internos são meros instrumentos para que, afinal, algo se produza em direção a eles". Então, o sigilo administrativo somente é permitido quando indispensável ao exercício da atividade pública ou quando favorável à privacidade individual do cidadão, como "quando se trata de procedimento administrativo destinado a apurar a existência de alguma infração e a necessidade de aplicação de sanção". E mesmo essa segunda hipótese de sigilo é apenas aquela *indispensável e temporária* tendo em vista tão-somente evitar violação à integridade moral do servidor antes da consumação do julgamento que sobre ele se faz. ¹⁸⁶Por elementar, tal sigilo deverá existir apenas em face de particulares, posto que ao servidor não se poderá vedar o acesso às informações que lhe digam respeito e sem as quais teria ainda mais prejudicado o exercício da ampla defesa.

4.5.2- Desempenho e formação do servidor

Avaliar é verbo transitivo, implica na existência do *que* avaliar e *para que* avaliar. Por essa razão, as avaliações somente adquirem razão de ser em face de referências prévias, de um plano preconcebido. Noutros termos: avaliar requer, previamente e sempre, planejar.

¹⁸⁶SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação)*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, jan/mar 1995, p. 97-110.

Por tal razão, um sistema de avaliação-controle eficiente será aquele que possua rápida capacidade de vislumbrar eventuais desvios em relação ao plano de desempenho, publicitando-os por meio de técnicas estatísticas de análise, de índices e relatórios, de modo a produzir intervenções corretivas, quer pelo avaliado, quer pelo avaliador, no fluir do desempenho.

Em se pretendendo tanto, o processo de controle do desempenho funcional deverá considerar que o exercício de toda atividade acarreta algum tipo de variação, erro ou desvio. Então, necessário será que os gestores de pessoal estabeleçam limites (se possível junto com o avaliado) dentro dos quais a variação seja ou não aceitável. Se assim não for, a avaliação poderá tornar-se hermética, inadequada e castigativa, perdendo, portanto, a tônica da corretividade.

Sob a ótica institucional, avaliar desempenho deve importar, além da *hetero avaliação*, em *auto-avaliação*, ou seja, em avaliação dos instrumentos e das circunstâncias administrativas, aspecto não tratado no projeto de lei, porém, importantíssimo na investigação do desempenho funcional.

Como fartamente destacado ao longo deste trabalho, o objeto da avaliação é sempre uma realidade projetada e construída pela ação humana. E a avaliação é meio de verificação da adequabilidade dos elementos de uma dada realidade a certos critérios eleitos. Nesse sentido, a avaliação deverá considerar, no mínimo, a concorrência de três variáveis mutuamente influentes: a) o **objeto ou produto** avaliado em seu processar, b) as **condições ambientais** ou

circunstâncias de sua produção ¹⁸⁷ e c) as características do **sujeito** ou autor do resultado avaliando. Como a seguir se verá, o projeto em estudo focaliza, e parcialmente, apenas a primeira e a terceira variável, na crença, talvez, que a segunda emerja por ocasião do processo de avaliação.

No projeto, a intervenção sobre a realidade – especialmente delimitada à realidade do servidor – vem inscrita nos arts. 8º e 9º. Reza esse primeiro que o *termo final de avaliação* deverá relatar as deficiências verificadas e indicar “as medidas de correção necessárias, **em especial** as destinadas a promover a capacitação ou treinamento do servidor avaliado”.(g.n). Veja-se que a redação do art. 8º acerta que, entre as medidas de correção necessárias e propostas pela comissão, se dará **especial atenção** àquelas que se destinem a capacitar ou treinar o avaliando.

Em breve esforço exegético, importa indagar a razão pela qual o texto **especializa** a atitude corretiva em relação ao servidor.

Ora, se o texto confere *prioridade* às medidas consertadoras do desempenho funcional, o faz porque existirão outras medidas corretivas direcionadas a demais variáveis institucionais. Assim não fosse, razão não haveria para

¹⁸⁷ Tais condições referem-se ao organograma institucional, à forma como se exerce o poder na organização, aos mecanismos nela existentes para a tomada de decisões, ao nível de motivação ou satisfação nela existente, à existência ou não de recursos infra-estruturais, etc. A avaliação de desempenho deverá servir a avaliar não apenas o servidor. O controle-avaliação pode muito bem funcionar como mecanismo alimentador do planejamento da Administração, vez que poderá sugerir ao administrador a inadequação de padrões de desempenho eventualmente adotados. Devem ser entendidos como padrões inadequados os estabelecidos sem consideração da realidade, quer a realidade do agente público, quer do próprio órgão ou ente em que o desempenho ocorre.

ênfatizar, especificar ou especializar medidas corretivas em relação ao avaliando.

Crê-se, então, que a comissão deverá indicar, além de medidas corretivas do desempenho do servidor, outras eventualmente relacionadas ao ambiente em que se desenvolve o desempenho.

Observe-se que tal entendimento não está plenamente autorizado pelo texto. Trata-se muito mais de uma visão propositiva, haja vista ser inconcebível delimitar a eficiência ou ineficiência da Administração Pública à variável humana considerada *in abstractu*. Ora, qualquer processo avaliativo que almeje a justiça de suas decisões deve prestar-se a apontar falhas no itinerário do desempenho, de modo a corrigi-las tempestivamente. E, para tanto, a verificação das condições ambientais é fundamental à descoberta das plúrimas variáveis existentes nas organizações estatais capazes – e muito – de influir ou determinar a qualidade e a quantidade dos resultados.¹⁸⁸ A avaliação do sujeito, da variável humana, visa a apenas demonstrar a correlação do cabedal de habilidades e competências em face da eficiência e da eficácia que dele se espera no exercício funcional. Não se presta, pois, a *des-velar* a complexa realidade em que se insere o desempenho. Assim, quando exclusivamente

¹⁸⁸ Um autêntico processo de verificação da eficiência não pode centralizar-se na busca de uma meta de eficiência idealmente instituída para cada atividade (avaliação idealizada). Antes, sempre deverá avaliar o entorno ou as condições (físicas, geográficas, humanas, técnicas, financeiras, tecnológicas, etc) a partir das quais o desempenho se desenvolve. Vale dizer, para ser real e eficaz, a avaliação deve considerar a instituição (órgão, setor, divisão, repartição, equipe, etc) em que o desempenho se materializa e se exterioriza. Tal aspecto, fundamental, como alhures se destacou, parece ter sido menosprezado no projeto em questão. A menos que os ulteriores instrumentos e procedimentos de avaliação contemplem juízos sobre as circunstâncias ambientais, elas tenderão a ser subapreciadas ou mesmo ignoradas, o que será irrazoável, ineficiente e insustentável.

centrada na análise do sujeito, a avaliação torna-se parcial, incompleta, injusta e ineficiente quanto à observação e intervenção na realidade.

Portanto, a avaliação deverá ser ampla e **institucional**, apta a abarcar a própria entidade ou órgão avaliador bem como os seus agentes, os servidores. Em face dessas considerações, será possível ao servidor argüir em sua defesa a insuficiência das variáveis ambientais, dos meios administrativos que incidem sobre o seu raio de ação desarticulando a eficiência e eficácia de seu desempenho. Ademais, poderá o servidor, acaso a Administração não lhe proveja instrumentos para consertar o desempenho julgado insuficiente, imputar-lhe responsabilidade, haja vista que a ela incumbe, reza o texto, o **dever de oportunizar a formação do servidor não eficiente** cujo tratamento deverá ser **priorizado** no planejamento do órgão ou da entidade. (art. 10).

O art. 9º do PLC n. 248/98 traz o que novamente se poderá chamar de *princípio da pertinência* na avaliação de desempenho. Torna obrigatório o relato das deficiências encontradas no desempenho do servidor à luz dos critérios adotados na proposição, ou seja, daqueles constantes dos incisos do art. 4º. Então, serão arroladas aquelas, e somente aquelas, deficiências que se vinculem aos *itens de controle* (critérios) destacados no texto. Portanto, a comissão deverá agir *pertinentemente*, quer ao avaliar, quer ao indicar reorientações da conduta do avaliando. Tais comandos indicam a preocupação do legislador com eventuais desvios da perspectiva julgadora, de molde a evitar antiéticos e inoportunos prejudgamentos na condução do processo de avaliação.

4.5.3- A finalidade da avaliação

Para que avaliar? A inspiração do processo disciplinar de avaliação de desempenho, pugna-se, deverá ser a *qualificada manutenção* do servidor nos quadros administrativos e o conseqüente aperfeiçoamento dos serviços públicos. Ao contrário das práticas de avaliação conhecidas, tal como a ocorrente no estágio probatório - quando se costuma avaliar o servidor apenas para efeito de sua *formal* ratificação no quadro administrativo - a avaliação de desempenho precisará ser útil, ou seja, servir como instrumento de melhoria das atividades administrativas. Um instrumento que aprimore a qualidade dos serviços e do desempenho individual, e não mera tarefa burocrática a ser cumprida apenas e ao cabo de certo período legal.

Como anteriormente destacado, para servir como instrumento de melhorias, será preciso produzir *periódico acompanhamento* do desempenho funcional. Se delimitada a momentos pontuais, a avaliação estará fadada ao insucesso na obtenção da meta da eficiência. Isso porque, como visto no quarto capítulo, a *avaliação pontual* é marcadamente desconectada de historicidade, de memória objetiva, de registros. Funda-se quase sempre em impressões, em subjetivismos. E, observe-se, esse modo de operar a "avaliação" nasce da condescendência do avaliador - que não se dá ao trabalho de acompanhar o desempenho de seus liderados - e que, visando a ocultar a sua falta administrativa, acaba por premiar aos seus liderados com unânime aprovação. Agindo dessa maneira, iguala bons e maus servidores tratando-os indistintamente, o que gera sentimentos ambivalentes no funcionalismo: nos

bons, profundo senso de injustiça porque zelosos no cumprimento de suas atribuições; nos maus, representações negativas quanto à seriedade da liderança e da organização (burocrática, lembre-se) em que estão inseridos.

Essa aleatória igualação promovida por lideranças desmotivadas quanto aos processos avaliativos acaba por perverter o desiderato de qualquer processo de avaliação: gera maiores entraves ao desempenho eficiente e não contribui para fomentar motivação naqueles que a ela se submeterão.

Outra importante finalidade do processo de avaliação consistirá em expor o nível de organização e de qualidade da própria entidade, órgão ou setor que empreende a avaliação. Contudo, na Administração Pública poderá suceder que o avaliador, ciente e receoso dos riscos dessa exposição, para ocultar a ineficiência do serviço que comanda, persiga basicamente três vias: a) produza pseudo-avaliações, b) faça-as de modo a responsabilizar apenas e tão-só o servidor (ou um grupo deles) pelo mau desempenho e, no extremo, c) não as faça. No primeiro caso, não haverá avaliação, mas um pacto silente pela ineficiência em que o avaliador finge que avalia e o avaliado finge que é avaliado; no segundo, embora ocorrente, emergirá de forma distorcida, expiatória, porque despojada de efetiva diagnose da realidade avaliada e, no terceiro, se terá materializado o "curioso" fenômeno da "lei que não pega".

Não é demais frisar, como também se viu ao final do capítulo quarto, que o processo disciplinar de avaliação de desempenho deverá primar pela inclusividade, jamais pela exclusão do servidor. Essa segunda medida terá

lugar apenas e tão-só nos casos manifestamente insolúveis de incapacidade técnica e conduta desidiosa. Ao menos é esse o espírito que anima toda a seção III do PLC n. 248/98 na qual se trata da *formação do servidor*. Então, longe de ser instrumento segregador - visão nascida da constatação de práticas abusivas engendradas no seio da Administração - o processo administrativo disciplinar da eficiência deverá orientar-se por manter - e qualificar - o servidor que *eventualmente* descumpra a disciplina do serviço.

Enfim, é possível concluir que no *acompanhamento* e na *correção* da atuação do servidor residirá importante papel pedagógico-educacional a ser desenvolvido pelo processo disciplinar de avaliação de desempenho. O seu itinerário deverá culminar na aplicação de medidas corretivas variadas e não necessariamente na penalidade demissória, por certo a derradeira e mais gravosa dentre as sanções previstas.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Aliás, nessa direção caminham demais diplomas regentes do desempenho funcional. A verificação das condutas infracionais tipificadas nos artigos 117, bem ainda dos deveres funcionais elencados no art. 116 da Lei n. 8.112/90, estabelecem que, a depender da falta cometida, em muitas situações se deverá buscar a *pedagógica repreensão* do servidor, de modo a evitar-lhe futura aplicação de penalidades severas. Para tanto, dispõe o administrador das penas de advertência e suspensão, esta, mais gravosa, aplicável diante de reiteração de conduta repreendida com pena de advertência.

5- Outras regras processuais do processo avaliatório

5.1- Os prazos

O § 4º do art. 5º dispõe sobre a notificação do servidor quanto ao resultado de sua avaliação facultando-lhe, em quinze dias, pedir reconsideração para a autoridade que o homologou, a qual deverá apreciar o pedido em igual prazo. Segundo o magistério de Meirelles (1996:584) e Medauar (1999:418) os prazos para interposição dos recursos administrativos são peremptórios, de modo que transcorrido o prazo assinalado opera-se a preclusão administrativa, bloqueando o direito de manifestação do servidor. Quanto aos demais prazos, instituídos e destinados a organizar a tramitação do processo, costumam ser de natureza dilatória, haja vista que muitos deles permitem ampliação em face de devida motivação pela autoridade administrativa. Aliás, a jurisprudência tem assentado que a demora na tramitação ou o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo não lhe acarreta nulidade (STF, RDA 105/156; RF 90/834).

Entretanto, importa assinalar que a relativa flexibilidade dos chamados *prazos impróprios* não pode configurar abusos, não devendo ser um escudo à morosidade, de sorte que o que deveria ser decidido em quinze ou trinta dias, venha ser decidido no dobro do prazo, isso, numa visão otimista. Admitir a

imotivada letargia administrativa seria não apenas ilegal, mas ineficiente, abusivo e desrespeitoso aos direitos do servidor-cidadão.¹⁹⁰

Tratando, agora, da **notificação** do servidor, reza o art. 17 que deverá ser pessoal ou publicada em órgão oficial.

Mesmo existente a dupla possibilidade notificatória, crê-se que melhor se atenderá ao princípio do contraditório e da ampla defesa se todas as notificações forem feitas de modo formal e pessoalmente entregues ao servidor ou, então, se impossível, aviadas por correspondência com garantia de efetivo recebimento. Tais procedimentos seriam razoáveis, tendo em vista que muitos servidores não estão habituados a acompanhar os atos inscritos nos diários de publicação oficial, além de que tal veículo é de difícil ou impossível acesso em certas regiões.

Quanto à **contagem dos prazos**, são computados de modo corrido cujo início se dá a partir da notificação. Para o seu cômputo, exclui-se o dia da notificação

¹⁹⁰ Acerca dos efeitos do **silêncio** administrativo, em alguns casos a lei lhe atribui efeitos, via de regra, de indeferimento da pretensão deduzida. Na doutrina, um dos que pouco mais se dedica à questão é Mello (1999:295). Para ele, concomitante ao direito de pedir, assegurado na Constituição, está o correlato dever jurídico de responder imposto à Administração. Se o agente não se pronuncia, age negligentemente e viola o dever funcional de *exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo* (art. 116, I, da Lei 8.112/90), deixando, ainda, de *observar as normas legais e regulamentares* para o seu exercício, o que pode, inclusive, acarretar dano reparável através da responsabilidade patrimonial do Estado. Quanto aos efeitos do *fato administrativo* silêncio (que para ele não é ato, porque sem forma e sem motivação), nas hipóteses em que a lei não lhe prevê efeitos, indica duas direções a serem perseguidas pelo postulante: a) o petítório ao juiz a fim de que supra a não-manifestação, determinando-se a concessão do pleito, acaso tenha o administrado direito ao solicitado, o que sucederá nas hipóteses em que a Administração acha-se *vinculada* quanto ao conteúdo do ato; b) o requerimento ao julgador para que determine prazo e comine multa por descumprimento naquelas hipóteses em que a Administração disponha de *discrição administrativa*, haja vista que o postulante tem direito a obter um pronunciamento motivado da Administração. Já para Medauar (1999:434) o silêncio incita à impetração de mandado de segurança, conforme dispõe também a Súmula 429 do STF descrita em nota adiante

e considera-se o dia do vencimento - art. 17, *caput*. Ainda pelas demais regras desse artigo, os prazos prorrogam-se apenas em face de duas circunstâncias: a) quando o *dies ad quem* incidir em data que não houver expediente ou esse se encerrar antes do horário normal ou b) mediante a ocorrência de força maior, devidamente comprovada.

Outras regras de prazo acham-se contidas nos arts. 12 e 16. O primeiro atribui o prazo de sessenta dias à instância administrativa revisora para apreciar o recurso hierárquico oficioso ou voluntário. Tal prazo terá como termo inicial a data mais tardia, considerando-se o *dies a quo* a data que prevalecer, seja do encaminhamento oficioso ou da interposição recursal. Note-se, porém, que esse prazo se aplica à *decisão final* a ser dada no processo administrativo disciplinar demissional, após o exaurimento do período quinquenal do processo de avaliação, quando, então, se terá consumada a irremediável ineficiência do servidor.¹⁹¹

Quanto ao prazo de resposta ao recurso hierárquico interposto em face das demais avaliações, isto é, daquelas avaliações periódicas e dirigidas à consumação do período quinquenal de que trata o art. 11, II, também será proferida no prazo de sessenta dias.

¹⁹¹ Note-se que o art. 167 da Lei 8.112/90 prevê prazo de vinte dias para julgamento e indica ainda, no § 1º, que o julgamento fora desse prazo não implica nulidade do processo. Em face do princípio hierárquico e em sendo a futura lei diploma especial, derrogará essa regra estatutária.

O art. 16 e § único, contém privilegiadas regras dirigidas aos servidores ocupantes de "atividades exclusivas de Estado".¹⁹² Segundo esse dispositivo, os servidores ocupantes de carreiras exclusivas de Estado perderão o cargo somente após o devido processo disciplinar que lhes assegurem - e aqui está a diferença - a interposição de *recurso hierárquico especial*, ou seja, dirigido à autoridade máxima do órgão ou entidade a que se vincule o servidor. O prazo de decisão desse recurso será mais curto que para os demais servidores: trinta dias. Já a regra do § único do art. 16 dita como requisito à admissão do recurso especial a existência de autoridade hierarquicamente superior àquela originariamente competente para expedir o ato demissório.

A referência a categorias diferenciadas de agentes públicos provoca a discussão sobre os diferentes regimes que os ordenam. Assim, em observação final, a despeito da existência da duplicidade de regimes ordenadores da relação jurídica estabelecida entre Estado e agentes (os regimes estatutário e

¹⁹² Essa expressão tem raiz em época em que a função administrativa estatal confundia-se com a atividade de polícia, de sorte que a Administração do Estado era o meio concreto para se promover a paz, a ordem e a segurança, função cujo exercício requeria prerrogativas especiais, tal como a execução de atos *ex propria auctoritate*, baseadas no *jus imperii*. Contemporaneamente, a expressão foi conceituada e atualizada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, *verbis*: "ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços ou agências em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, de fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc." Acerca da expressão *poder extroverso*, mencionada no texto, leciona Mello (1991:359), com amparo na doutrina italiana, que se refere ao atributo da *imperatividade do ato administrativo* cujo efeito se impõe a terceiros independentemente da concordância desses. Esse poder "decorre do que Renato Alesí chama de 'poder extroverso', o qual permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações". Observe-se que a idéia de carreiras típicas ou exclusivas de Estado remonta ao Decreto-lei 200/67 e à Lei n. 6.185/74. Veja-se, ainda a propósito, o conceito da expressão contido na proposta do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE - no caderno intitulado *A Nova Política de Recursos Humanos*, Brasília, DF, 1997.

contratual), a natureza jurídica que informa o enlace com os servidores deverá ser necessariamente estatutária.

Entretanto, apesar do dissenso doutrinário existente nessa matéria, cumpre anotar que a desobrigação de se adotar um regime jurídico "único" (equivocadamente concebido como o regime estatutário) não implica na possibilidade de admitir indiscriminada aplicação do regime contratual no serviço público. Vale dizer: aquelas funções permanentes, exercitáveis através de cargos públicos, deverão continuar sendo prestadas por servidores imunizados ante o arbítrio governamental e, sobretudo, profissionalizados. Ademais, a profissionalização pressupõe estabilidade, garantias, direitos e deveres razoavelmente perenes, o que o sistema contratual não oferece. Como bem ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, o regime estatutário, e a garantia da estabilidade que lhe é inerente, "almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia para os administrados - ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público"

Nesse sentido, veda-se ao legislador ordinário, a pretexto da autonomia existente quanto à gestão de pessoal, ampliar a adoção do regime contratual àqueles cargos e carreiras cujas atividades devam ser exercidas por integrantes submetidos ao regime estatutário. Isso porque, admitir-se a ampla liberdade do legislador infraconstitucional na escolha do regime a ser adotado na Administração seria ignorar todos os comandos **mantidos** na Constituição,

sobretudo em seus arts. 39, 40 e 41. Então, à Lei Federal n. 9.962/2000 compete regular a relação de emprego naquelas situações em que o Estado já vinha estabelecendo relações empregatícias, o que não significa dizer que não possam ser estabelecidas novas situações estruturadas sob a égide dessa lei. Em todo caso, não será defensável a indiscriminada aplicação do regime contratual às variadas atividades empreendidas pela Administração, tal como àquelas denominadas atividades exclusivas de Estado.¹⁹³

5.2- Os recursos

Na lição de Meirelles (1996:579), o recurso administrativo concretiza o poder-dever de autotutela administrativa sobre atos e agentes, com vistas a que “a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados”. Tal poder-dever acha-se cristalizado pelo STF nas súmulas 473 e 346, pelo qual pode a Administração, além de apurar responsabilidades de seus agentes na forma

¹⁹³ Nessa discussão não se pode perder de vista que a intenção primeira do Executivo fora *reinstaurar* (lembre-se que no passado o regime contratual fora amplamente adotado na Administração - vide capítulo 1) o regime contratual na Administração Pública, conforme expressamente contido na mensagem n. 1.309, publicada no Diário da Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 1998, relativa ao projeto de lei n. 4.811/98. Ainda acerca dessa questão, vide BARBOSA, Sandra Pires. *Emprego público e atividades exclusivas de Estado: incompatibilidade?* Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 152, out/dez. 2001, p. 215/231. Nesse artigo, defende a autora a inadequabilidade de se contratualizar o regime das atividades exclusivas, muito embora tenha prevalecido o veto presidencial ao art. 1º, § 2º, I, “a”, da Lei n. 9.962/2000 (a disposição vetada proibia a aplicação do regime de emprego público a servidores que desenvolvessem atividades exclusivas de Estado). Considerando o teor do veto, conclui Barbosa que as chamadas *carreiras típicas de Estado* devem submeter-se necessariamente ao regime estatutário, ao passo que as *atividades exclusivas de Estado* poderão reger-se ou pelo sistema estatutário ou pelo contratual, esses, sem as garantias contidas no art. 247 da CR. A julgar, porém, pela atual redação dada ao PLC n. 248/98, o legislador optou por garantir aos “ocupantes de atividades exclusivas” (art. 15), as especiais garantias contidas no art. 247 da CR - as mesmas repetidas no art. 3º, da Lei n. 9.801/99 e que dispõem sobre normas para exoneração por excesso de despesas.

legal, anular atos ilegais ou revogar aqueles “ineficientes, inoportunos ou inconvenientes”.

Quanto às **regras recursais** contidas no projeto, a primeira observação que se impõe é a regra da indelegabilidade, contida no art. 13. Por ela, os agentes hierárquicos atuantes no processo de avaliação não poderão declinar da competência de que se revestem para apreciar os recursos.

A segunda consiste em que todos os recursos previstos, por expressa dicção legal, terão efeito suspensivo. Acerca dos desdobramentos ou efeitos dessa modalidade, vale dizer que a suspensividade impede

“... a fluência do prazo prescricional e acarreta a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque ao ato pendente de decisão administrativa. A primeira decorre da consideração de que, durante a tramitação do recurso interno(com efeito suspensivo), o ato recorrido é inexecutável, não rendendo ensejo a qualquer ação judicial, e, não havendo ação, não pode haver prescrição; a segunda resulta do fato de que o ato pendente de recurso administrativo (com efeito suspensivo) é inoperante e instável, e, portanto, insuscetível de correção judicial, pela impossibilidade de fixação do objeto da demanda. Somente após o pronunciamento final da Administração, tornando o ato executável e estável, é que há lugar para o controle judicial da legalidade da decisão administrativa definitiva. Poderá, entretanto, a parte interessada na apreciação judicial abrir mão do recurso hierárquico para obter a operatividade do

ato administrativo a ser submetido à decisão da Justiça Comum. O que se nos afigura juridicamente inconciliável é a concomitância do recurso administrativo com efeito suspensivo e do procedimento judicial objetivando o mesmo pronunciamento de invalidade do ato recorrido. Esse entendimento deflui da exata interpretação do art. 5º. XXXV, da CF quando impede se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual. Ora, se o ato pendente de decisão administrativa é inoperante, não pode causar lesão ou ameaça de lesão a ninguém, e, se não é lesivo, não legitima o apelo ao Judiciário." Meirelles (1996:583).¹⁹⁴

A terceira observação reporta-se ao número e às espécies de recursos, de modo que *dois* são os mecanismos recursais previstos: o pedido de reconsideração (art. 5º, § 4º) e o recurso hierárquico, esse bipartido em próprio (art. 6º) e especial (art. 16).

¹⁹⁴ MEIRELLES, 1996, p. 583. Observe-se que a desnecessidade de esgotamento da via administrativa (a chamada jurisdição condicionada) para ulterior provocação judicial não mais subsiste em face da atual Constituição. A doutrina é unânime a respeito, v.g., Medauar (1999:434) e Rosas (1999:33). Sobre a disposição contida no art. 5º, I, da Lei n. 1.533/52 que veda o ajuizamento de mandado de segurança "de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução", também não terá cabida se o servidor optar por preferir de imediato a via da correção judicial, renunciando ao recurso administrativo com efeito suspensivo. Assim decidiu o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, TRF-MS, 129.690-PR., DJ de 19/9/98. Ele ainda leciona que uma vez ocorrentes os requisitos constitucionais do *mandamus* (art. 153, § 21; e art.5º, LXIX, CR) caberá tal medida contra qualquer ato disciplinar. Velloso (1997:176). Ademais, diz ainda Medauar que ante o silêncio, inércia ou omissão da autoridade administrativa não haverá falar em efeito suspensivo do recurso, posto inexistir manifestação concretizada em ato. Assim, deverá a medida ser impetrada de imediato, nos exatos termos da Súmula 429 do STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade".

Quanto aos recursos, a redação do dispositivo também não é das melhores, veja-se:

“Art. 6º- Contra a decisão relativa ao pedido de reconsideração **cabereão** remessa de ofício e recurso hierárquico, sempre com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, na hipótese de confirmação do desempenho atribuído ao servidor”.(g.n).

A parte final do dispositivo traz uma obviedade. Evidentemente, somente haverá recurso hierárquico se houver legítimo interesse para tanto, sendo evidente que se o pedido de reconsideração acatar o pleito do recorrente, não haverá mais causa de pedir.

Ademais, cabereá (no singular) recurso do servidor e encaminhamento da decisão pelo agente administrativo ao superior (art. 12), ambos no prazo de 15 dias a contar da notificação e da confirmação da decisão.

Quanto ao recurso nominado *especial* (art. 16), que na doutrina é chamado de *recurso impróprio*, trata-se daquela medida recursal comumente adotada pelos agentes de autarquias e entidades paraestatais em que a autoridade julgadora máxima é o titular do Ministério ou da Secretaria de Estado a que a entidade se ache vinculada. Considerando-se que a futura lei também se aplicará a entidades descentralizadas, trata-se de recurso fundado na supervisão ministerial albergada no art. 19 do Decreto-lei 200/67 a ser exercida pelos respectivos Ministérios sobre as entidades da Administração indireta a si

vinculadas. Enfim, nas três esferas de poder, a autoridade competente a se dirigir a interposição do referido recurso deverá, simetricamente, obedecer ao laço hierárquico em cada qual existente.

Duas derradeiras observações. A primeira, de saber sobre a aplicação do princípio da *reformatio in pejus* ou *in melior* no processo disciplinar de avaliação de desempenho.

É regra geral que a Administração pode, por ocasião da apreciação do recurso hierárquico - no exercício do poder-dever de corrigir os atos editados por subalternos e antes que irradiem efeitos inconvenientes ou ilegítimos - agravar ou melhorar a situação do recorrente. Assim, tal possibilidade encontrará aplicação no processo disciplinar demissório previsto no art. 11 do PLC n. 248/98, porém, não encontrará aplicação no processo de avaliação, dada a natureza eminentemente técnica deste, bem ainda a ausência de expressa previsão legal da medida.

A segunda observação reporta-se à possibilidade de aplicação da *revisão* ao processo de avaliação, figura prevista no art. 174 da Lei n. 8.112/90.¹⁹⁵ À similaridade do acima exposto, acredita-se que o servidor poderá argüi-la apenas no ulterior processo disciplinar demissório, haja vista que os recursos

¹⁹⁵Lei n. 8.112/90: "Art. 174 – O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada".

expressamente contidos no projeto de lei são o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração.¹⁹⁶

6- A extinção do vínculo funcional e a prescrição administrativa

Como referenciado, a *demissão* do servidor somente se efetuará após a instauração de novo processo especialmente devotado a esse fim (art.11, do PLC n.248/98), no qual “novamente” serão asseguradas ao servidor as garantias do contraditório. Veja que o texto trata de *demissão*, ao invés de exoneração, o ato de desligamento, o que significa dizer que, esgotadas todas as etapas e instrumentos de formação previstos no processo de avaliação, ao resultado final ou a extinção do vínculo entre os sujeitos se imprimirá natureza punitiva. Tal natureza do ato decorre do cometimento, comprovado, de infração de dever legal, qual seja, o descumprimento do dever da eficiência.

Em todo caso, o processo demissional somente se instaurará se o servidor estável receber, no período dos **últimos** cinco anos, dois conceitos sucessivos ou três interpolados de *desempenho insuficiente*.

¹⁹⁶ Releve-se que a *revisão do processo* não constitui recurso, tratando-se, antes, da instauração de outro processo destinado ao reexame do processo punitivo do qual resultou a sanção aplicada ao servidor. A sua imprevisão ao processo disciplinar de avaliação de desempenho deve ser creditada ao fato de que nele não se aplicará qualquer penalidade, mas apenas a *preparará* mediante a consumação de periódicos resultados de desempenho. Na *revisão*, ao servidor incumbirá demonstrar elementos novos e não apreciados no processo de apuração de desempenho, não podendo basear o petitório em mera alegação de injustiça da penalidade cominada. (art. 176, Lei n. 8.112/90). Ademais, competir-lhe-á o ônus da prova de suas alegações (art. 175). Como alhures dito, difícil será ao servidor desconstituir, no processo demissório, a situação já consolidada acerca de seu desempenho. Por tal razão, a julgar pela redação dada ao futuro diploma, sérios entraves poderão obstar a prática do processo de avaliação, o que comprometerá seriamente o louvadíssimo desiderato da eficiência administrativa. Sublinhe-se que na hipótese de invalidação judicial da demissão do servidor estável, a EC n. 19/98 trouxe duas inovações relativamente àquele servidor ocupante do cargo: ou será reconduzido ao cargo de origem, se estável, sem indenização, ou, se impossível, posto em disponibilidade remunerada *proporcional*. E, não sendo estável, poderá ser exonerado.

Tratando agora da prescrição, é questão pacífica que pelo decurso do tempo a Administração perde a oportunidade de responsabilizar a conduta do servidor. À falta de expressa fixação de prazos, entende-se, por analogia, que prevalecerá o prazo de cinco anos previsto no art. 142 da Lei n. 8.112/90. Ali se instituiu os prazos prescricionais de cinco, dois e cento e oitenta dias, tendo apenas o primeiro deles aplicação ao processo disciplinar demissório. Então, em sendo o termo inicial da prescrição a data da ciência do fato pela Administração, se no prazo de cinco anos, após a constatação ou consumação da insuficiência de desempenho (ou seja, após a aferição de dois conceitos sucessivos de insuficiência, ou três intercalados, dentro de cinco anos), a Administração não impulsionar o processo de desligamento do servidor, restará extinta a punibilidade administrativa.

Observe que as regras do art. 11, incisos I e II, trazem como *período de apuração terminativa* do desempenho o lapso dos *últimos cinco anos*, a contar a data de conclusão (quando então se tem o *fato* apurado) de todo o evento avaliatório que, repita-se, se consumará com a quinta e última avaliação anual. Vencido esse prazo e não havendo incursão do desempenho nas hipóteses contidas nos incisos I e II do referido artigo, se abrirá novo prazo de apuração do desempenho funcional, prescrevendo-se o direito de responsabilizar o servidor com base em fatos situados naqueles cinco anos pretéritos.

O art. 14 imprime caráter sigiloso ao ato de desligamento, devendo-se publicar, resumidamente e em órgão próprio, apenas o cargo, o número de matrícula e a lotação do agente desligado. Trata-se de medida destinada a evitar máculas à

imagem do servidor, medida, reitere-se, que melhor seria atendida acaso lhe fosse oportunizado produzir efetiva defesa na instrução do processo de avaliação de desempenho, facultando-lhe, e.g., nele manifestar-se mediante procurador tecnicamente habilitado.

Os §§ do art. 15 elencam extenso rol de categorias que compõem as carreiras que desenvolvem as chamadas "atividades exclusivas de Estado", às quais serão concedidas especiais formalidades demissionais conforme previsto no § único do art. 247 da Constituição. A esses agentes determinou o texto constitucional sejam observados "critérios e garantias especiais para a perda do cargo", determinando, ainda, a preservação dessa especial condição àqueles cargos que eventualmente venham sofrer quaisquer modificações, sem, contudo, terem alteradas as respectivas atribuições - art.15, *fine*, PLC n. 248/98.

O disposto no § 1º do referido artigo determina que os cargos destinados ao desenvolvimento de atividades exclusivas no Poder Judiciário Federal, no Tribunal de Contas da União e no Ministério Público da União deverão assim ser concebidos em leis de iniciativa própria; quanto aos cargos correlatos e existentes no Senado e na Câmara, por resolução.

Assegura ainda o § 2º que, ressalvada a autonomia constitucional de que dispõem Estados, Municípios e Distrito Federal, as carreiras que neles venham receber tal qualificativo sejam aquelas compostas por cargos que encontrem

equivalência ou similaridade às funções elencadas no *caput* do artigo e em seu § 1º.

Encerrando o projeto, o art. 19 institui a *vacatio legis* de noventa dias cujo termo inicial de *vigência* será a data da publicação da futura lei. Como é de conhecimento geral, o conceito de *vigência* esgota-se no âmbito da norma legal, ao passo que o da *eficácia* tem sua projeção dirigida para o fato social, para a observância da norma. Assim, e concluindo, resta agora expectar a aprovação da lei, a sua recepção e aplicação para averiguar-se de sua *eficácia* no seio da Administração Pública nacional.

6 – O CONTROLE DO PROCESSO DISCIPLINAR DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

1- Introdução

Para ascender ao altar da eficiência administrativa, a Administração precisará galgar os degraus que até ela levam. Precisarás percorrer o itinerário do *devido processo legal da disciplina da eficiência*, impondo-se lhe inderrogável observância dos princípios que regem a vida do Estado e, em especial, dos princípios que norteiam a Administração, tal como reproduzidos no art. 4º do PLC n. 248/98. Deverás, igualmente, obedecer às demais regras jurídico-processuais contidas nesse projeto, bem como, subsidiariamente, às "regras gerais" constantes da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da União.

Como noutras passagens asseverado, no processo de avaliação de desempenho jamais se poderá menosprezar o fato de que a Administração Pública nele atua como *parte* e, ao mesmo tempo, como *juiz*, razão pela qual acentua-se a necessidade de controle da legalidade e da legitimidade do mesmo.

Portanto, diante da peculiar situação em que se encontra a Administração em face do servidor, torna-se absolutamente imprescindível debater a amplitude de garantias que deverá orientar o processo de avaliação de desempenho, ou seja, importa destacar o **controle do processo disciplinar da eficiência**

administrativa. Desse modo, neste capítulo serão feitas considerações sobre o genérico exercício do processo *administrativo disciplinar*, naquilo em que ampara a compreensão de sua especial versão, o **processo disciplinar de avaliação de desempenho.**

2- Disciplina e controle - o controle *do* poder e o controle *no* poder

A avaliação de desempenho é importante mecanismo de controle efetuado pela Administração sobre a atuação do servidor. Trata-se de controle efetuado no poder, ou seja, realizado dentro da esfera administrativa em obediência ao **poder-dever hierárquico**, portanto, por quem compete fazê-lo. Como se vê, é modalidade de controle de natureza estrutural, *interna*. É poder-dever jurídico que se impõe ao administrador público para o acompanhamento do desempenho de seus agentes quanto à *eficiência*, à *eficácia* e à *legalidade* e que lhe permite aplicar sanções disciplinares.

Por sua vez, o controle do poder é forma de *controle externo* exercido por variados modos. Essa modalidade tem lugar mediante provocação efetuada por terceiros no exercício do direito de petição aos Poderes Públicos "em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (inciso XXXIV, a, CR), e, de modo especial, por meio do controle judicial da ação administrativa disciplinar.

Noutros termos, a contraface do controle no poder é o controle do poder, ou seja, é o direito assegurado ao servidor de ver apreciado o motivo, o objeto, a competência, a forma e os fins da ação administrativa.

2.1- As raízes do controle do poder

Controlar o exercício do poder é uma necessidade conatural ao homem, decorrente de sua essência social, de *ser-com-o-outro*. A História demonstra que o equilíbrio de forças é que torna possível a vida social, quer se lhe obtenha pelo consenso, pelo recurso à força das armas ou das leis. Não bastasse, mesmo naquelas culturas primitivas, de base teocrática, nas quais cria-se ilimitada a potestade real, os governantes viam-se submissos a forças divinas manifestas nos insondáveis fenômenos naturais as quais lhes impeliam, mediante libações, à prestação de contas. Então, enquanto que na primeira infância da humanidade os homens viam-se reféns de forças incontroláveis, no evoluir da civilização - desde as chamadas *primeiras civilizações* até o clássico mundo greco-romano - foram criadas formas "racionais" de controle do exercício do poder.

Efetivamente, no transcurso evolutivo da humanidade foram institucionalizadas diversas formas de controle do exercício do poder. Criaram-se espaços, ritos, tempos e modos peculiares à tarefa fiscalizatória. Adiante, a sociedade transitou do controle teocrático ao controle profano e, depois, do controle

oligárquico ao controle *democrático* no qual deve prevalecer a *vontade social* na ordenação do poder.¹⁹⁷

O professor Laffayette Pondé, rememorando lição de K. Mannheim, ensina que a sensação humana do poder sempre se associou ao controle da conduta de outras pessoas, "por isto, toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle". Entre outras modalidades de controle (preventivo, repressivo, interno e externo) do ato administrativo, destaca o controle de legalidade e de mérito, esse último baseado na verificação da conveniência, da oportunidade e em critérios de ordem técnica.¹⁹⁸

Como adiante se verá, no Estado *Democrático* de Direito o controle dos atos estatais opera-se mediante o devido processo legal, de modo que, conforme leciona Cármem Lúcia Antunes Rocha, "a história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização do poder e com o poder."¹⁹⁹

¹⁹⁷ Observe-se que na república romana, o controle político era exercido pelo Senado. Na vizinha Grécia, e séculos antes de Roma, atribuíam-se a tarefa controladora ao Conselho dos Anciãos. Já na modernidade, como no capítulo primeiro se referiu, o controle social do poder deita raízes na Inglaterra, com o surgimento da *Magna Charta Libertatum*, em 1215. Esse processo fora consolidado, mais tarde, com as Revoluções Inglesas e com a Revolução Francesa de 1789. Cumpre frisar que, a partir do êxito da insurgência burguesa contra as variadas formas de privilégio patrocinadas pelo Estado, o controle do exercício do poder, no moderno Estado de Direito, marcou-se pela ampla, genérica e absoluta submissão de governantes e governados à lei, de modo que, na dicção de Bobbio, Estado e Direito tornaram-se fenômenos convergentes, haja vista que o Direito se tornou estatal e o Estado se tornou jurídico.

¹⁹⁸ PONDÉ, Laffayette. *Controle dos atos da Administração Pública*. Revista de Informação legislativa, Brasília, n. 139, jul./set., 1998, p. 131-136.

¹⁹⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, n.º136, out./dez., 1997, p. 5-28.

Enfim, tenha-se a peculiar e sempre nova sabedoria aristotélica a revelar a insalutaridade do incontrolado e omnímodo exercício do poder. Para o filósofo, a virtude não está no excesso. Lançando mão da *áurea mediocridade aristotélica*, poder-se-á afirmar que em se tratando do exercício do poder há que se rejeitar os extremos, quer do insano arbítrio, quer do absoluto determinismo. O controle deve fundar-se, então, em consensos responsáveis, mesmo que consensos permanentemente provisórios, como essencialmente sucede nos regimes democráticos.²⁰⁰

2.1.1- Jurisdição e controle do poder

2.1.1.1- O contencioso administrativo no Brasil

O ordenamento pátrio consagra o princípio da unidade jurisdicional. Qualquer cidadão ou servidor que se julgue lesado pela ação estatal detém poderes para postular a averiguação judicial e a eventual reparação de seu patrimônio jurídico. Entretanto, nem sempre foi assim.

A história da Administração Pública brasileira revela que em seus primórdios vigoraram mecanismos destinados ao desenvolvimento de jurisdição paralela, uma espécie de "contenciosidade administrativa", embora não se deva tomar tal expressão no rigor de seu sentido técnico atual.

²⁰⁰ A ética aristotélica ensina que o ideal de virtude ou de Justiça consiste na harmonização entre o excesso e a falta, ou seja, no evitamento dos extremos absolutos, quer da opulência, quer da escassez. A virtude aristotélica reside, pois, no equilíbrio, no justo meio (*mesótes*). SCIACCA, Michele Frederico. *História da Filosofia I – Antiguidade e Idade Média*. Editora Mestre Jou: São Paulo, 3.ed. 1967, p. 103.

Apesar da Constituinte de 1823 e da carta outorgada de 1824 terem-se orientado à unidade jurisdicional, na época imperial os anseios da Coroa Portuguesa impunham que quaisquer contendas envolvendo o Estado fossem solvidas por meio de seus próprios órgãos e autoridades.

Segundo noticiam Masagão e Bueno,²⁰¹ citados por Cruz (1996:242), mesmo contra as disposições da Constituição de 1824 o inconformismo do Poder Executivo fizera ressuscitar, através de decretos exorbitantes, órgãos administrativos com funções de julgamento. Referem esses autores aos poderes concedidos ao Conselho de Estado do Império, transmutado, por força dos interesses do soberano, em uma espécie de Tribunal para o qual se dirigiam os recursos de decisões proferidas pelos presidentes das províncias e dos ministros de Estado.

A criação do contencioso administrativo fora objeto de excomunhão por renomados juristas de antanho. No Império, além da prerrogativa *jurisdicional* atribuída ao Conselho de Estado, a Constituição também previa outras veementes prerrogativas político-administrativas ao governante, tal como o poder de suspensão de servidores e magistrados, incumbência que se atribuía

²⁰¹ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. V. 2, São Paulo, Max Limonad, 1960. BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Villeneuve, 1857. Segundo Bueno, dentre as competências do governo imperial “incumbia ao conselho de estado consultar mediante a interposição de recurso, assim sobre as resoluções ou decisões dos presidentes das províncias, ou ministros de estado, como sobre todos e quaesquer negocios desta especie em que o imperador queira ouvi-lo”. Incumbia-lhe também “... dar seu parecer sobre (...) assumptos de natureza quase contenciosa, como questões de presas, de indemnizações, conflictos entre autoridades ecclesiasticas (...) e negocios de justiça administrativa contenciosa”.

ao Poder Moderador, conforme dispunham o art. 101, inciso VII, e art. 154, da Carta de 1824.²⁰²

Porém, essa mesma Carta previa que os magistrados somente perderiam o direito à ocupação do cargo mediante sentença judicial. Observe-se que os magistrados, embora gozassem de vitaliciedade, erigida indispensável à contenção do arbítrio da autoridade administrativa, não fruíam, entretanto, de inamovibilidade, razão pela qual o governante, no uso das prerrogativas do Poder Moderador, poderia suspendê-los das atividades judicantes em decorrência de simples queixas efetuadas contra os mesmos. Corolário dessa concentração de poderes na figura do imperador, os magistrados viam-se submissos às pressões do jogo político, fato com nocivos efeitos para a experiência jurídica e social de então.

Apesar dessa autocracia, já àquela época o ordenamento previa incipientes regras de defesa aos agentes públicos, tal como a necessidade de audiência dos envolvidos em processos litigiosos e a necessária manifestação do Conselho de Estado nos mesmos. Dispunha ainda o art. 79, § XI da Constituição de 1824 acerca da *"indispensabilidade da previsão legal e da observância processual como requisitos de condenação individual"*. De qualquer modo, paralelamente à progressiva instituição de garantias de defesa,

²⁰² Da Carta de 1824 se extrai: "Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos" Dentre as atribuições do Poder Moderador, dispunha, a seguir, o art. 101, § 7º, a prerrogativa de (...) "suspender os Magistrados nos casos do art. 154."

durante o Império muitas atrocidades foram cometidas em relação aos ocupantes de cargos públicos.

Com o tempo restaram instituídas na Carta Imperial indispensáveis garantias aos ocupantes da magistratura e a outras categorias de agentes como os oficiais do Exército e da Armada.²⁰³ Desse modo, ainda que incipientemente - porque o cenário histórico não permitia ser diferente - estava deflagrado o processo que culminaria na ulterior extinção do contencioso administrativo.

2.1.1.2 - A instituição da unidade jurisdicional

A evolução da sociedade e de suas instituições viria revelar a inadequabilidade do contencioso administrativo praticado no período imperial. Com o advento da República Velha, o Governo Provisório atribuiu à Justiça Federal competência para apreciar as questões outrora analisadas na esfera administrativa. À Justiça Federal então se incumbiu o julgamento das demandas que "tivessem por origem atos administrativos do Governo Federal e as ações que interessassem ao fisco nacional". Nas Cartas seguintes, de 1891, de 1934 e de 1946 prevalecera a tradição republicana contrária ao contencioso administrativo.

²⁰³ Concernentemente aos direitos da massa de servidores, segundo informa Cavalcanti (1958:56), não apenas a Constituição de 1824, mas também a Constituição seguinte, de 1891, omitira-se quanto à previsão de um rol de direitos atribuíveis aos servidores. Somente bem mais tarde, na Carta de 1934, é que se viria abrir um capítulo especialmente dedicado ao servidor, aspecto que seria imitado nas ulteriores constituições.

Mantendo a competência já conferida aos órgãos da Justiça Federal, a Constituição de 1946 impossibilitou o ressurgimento da figura do contencioso administrativo, instituto anatemizado pela doutrina nacional. Assim, a Carta de 1946 estatuiria no art. 141, § 4º, **a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.**

Também a Constituição de 1967 se orientou à regra da unidade jurisdicional, reproduzindo, no artigo 150, parágrafo 4º, a mesma regra contida na Carta anterior. De resto, as ulteriores emendas ao texto constitucional, embora tenham mantido a necessidade de exaurimento da instância administrativa antes do recurso ao Judiciário, extinguiriam de vez o debate acerca da existência do contencioso administrativo com poderes jurisdicionais. É a lição derivada do artigo 153, § 4º, da Carta de 1967:

“Art. 153.....
§ 4º- A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Corroborando essa opção política adotada pelo legislador, o artigo 204 dispunha:

“Art. 204- A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa requeira diretamente ao tribunal competente a revisão da decisão nela proferida”.

Ao evoluir, o direito pátrio consolidou de vez a regra da **inafastabilidade da apreciação judicial** dos conflitos havidos entre a Administração e os servidores ou administrados, donde a capital importância, entre os princípios regentes do agir administrativo, do princípio do *devido processo legal*.²⁰⁴

Com o advento da Constituição de 1988 a experiência jurídica brasileira reforçou não apenas os *meios de controle da ação governamental*, como também inaugurou outros *meios de participação social* no exercício do poder. Foram então criados vários mecanismos constitucionais e infraconstitucionais capazes de introduzir a sociedade na *gestão participativa* ou no *controle da res publica* sob diversificados modos.²⁰⁵

²⁰⁴ A respeito, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 135. Destaque-se que rumo à unidade jurisdicional caminharão demais nações vizinhas como o Chile, a Venezuela e a Argentina. Desse modo, também nesses países, todos e quaisquer atos praticados pela Administração submetem-se à tutela jurisdicional, prevalecendo o princípio da *una lex, una jurisdictio*. Nas palavras de José Roberto Dromi: “Em nuestro sistema no se puede negar a los administrados el acceso a una instancia judicial propriamente dicha, siendo inconstitucional toda pretensión de la Administración por la que intente ejercer funciones propias de los jueces”. Gordilho, em idêntica direção, destaca a prerrogativa concedida ao sujeito lesado de pugnar diante do judiciário a anulação do ato desconforme a lei. DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1992. v. 2. p.46; e GORDILHO, Agustin A. *El acto administrativo*. 2ª ed. Buenos Aires. A. Perrot, 1969. pp. 236/237.

²⁰⁵ Dentre os *instrumentos jurídicos* de controle - alguns antecedentes à carta de 1988 - podem ser citados o Decreto-lei 201/67 (que trata da responsabilidade de prefeitos e vereadores), a Lei n. 1.079 de 10 de abril de 1950 (que dispõe sobre crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros e Estado, Governadores e Secretários), a Lei n. 4.898 de 9 de dezembro de 1965 (regulamentadora do direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade). Mais recentemente, as Lei n. 9.605 de 03 de fevereiro de 1998 (que dispõe sobre responsabilidade por crimes ambientais) e a Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992 (dispositiva sobre a improbidade administrativa), a Lei n. 8.730, de 10 de novembro de 1993 (que trata da declaração obrigatória de bens e rendas para exercício de cargos, empregos e funções públicas), etc. Quanto aos “remédios” protetivos do cidadão assegurados na Constituição, tenha-se: a) mandado de segurança individual e coletivo, esse, impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação, art. 5º, LXIX e LXX; b) ação popular, ajuizável pelo cidadão, art. LXXIII; c) ação civil

Já a inafastabilidade do controle judicial foi derradeiramente assegurada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição republicana de 1988, ao dispor que “**a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**”.

A partir de então, também cresceu em importância o controle da ação administrativa em sua origem, ou seja, relativamente à edição dos atos administrativos, como especialmente se verificou com a promulgação da Lei n. 9.873/99, que trata do procedimento administrativo, diploma de aplicação subsidiária ao instituto da avaliação de desempenho.

2.1.2- Controle principiológico do processo disciplinar de avaliação de desempenho

A atenção especialmente dada neste trabalho aos **princípios constitucionais** radica-se no fato de que neles está o nascedouro das regras processuais garantidoras do exercício da cidadania e do controle da ação estatal. Deles jorram as fontes que irrigam, nutrem e fazem crescer a proteção do servidor e do administrado em face do Estado: o direito à *jurisdição* estatal e imparcial,

pública, de ampla legitimação do Ministério público, na forma do art. 129, III, IV, V § 1º. E, ainda, o instrumento jurídico-administrativo das audiências públicas previstas em leis infraconstitucionais como no art. 39, da Lei n. 8.666/99 (licitações), no art. 19 da Lei n. 9.478/97 (instituidora da ANP), no art. 32 da Lei n. 9.784/99 (que instituiu o processo administrativo), além dos conhecidos instrumentos *pollticos* do plebiscito e do referendo.

ao devido processo legal, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, entre outros.²⁰⁶

Ademais, em sendo a *interpretação* atividade cognoscitiva destinada a precisar o sentido e o alcance das normas jurídicas, para ela concorre a destacada importância dos princípios. Assim, da distinção feita por Canotilho entre princípios e regras, decorre importante preceito interpretativo aplicável ao processo em geral, especialmente ao *processo de investigação de desempenho*: em ocorrendo conflito entre princípios e regras de qualquer espécie, deverá prevalecer o comando principiológico haja vista que os princípios exercem função jurídica *qualificada*, isto é, em face de seu vasto âmbito de validade orientam a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional. Tal consideração tem ainda relevo pelo fato de que o texto do PLC n. 248/98, como demais diplomas legais, contém vários termos polissêmicos (e.g., inciso I e II, do art. 4º do PLC) para cuja interpretação concorrerão princípios como o da razoabilidade e da moralidade entre os demais abaixo destacados.

2.1.2.1- O princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

Indica a historiografia jurídica que a lei é concepção da racionalidade burguesa, diletta filha da razão iluminista. Dizia Montesquieau, no *Espírito das Leis*, que "a

²⁰⁶ A respeito da necessária interdependência do direito processual ao constitucional, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1973, c ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 3-48.

lei, em geral, é a razão humana, na medida em que ela governa todos os povos da terra". Ela não é fruto da "vontade momentânea e caprichosa" dos homens, mas é expressão imutável "das relações necessárias que decorrem da natureza das coisas". Nessa perspectiva, reconhecer o primado da lei significa reconhecer a vitória da *iluminada* razão sobre o obscurantismo, sobre a não-visão, sobre a incerteza que havia marcado as relações políticas e administrativas no *Anciën Regime*.

Como visto no capítulo inaugural, o exurgir do princípio da legalidade vinculase aos embates travados entre nobreza e burguesia agrária aliadas contra o poder real na Inglaterra feudal, de modo que, por força daqueles conflitos, a atuação governamental passou a exercer-se dentro dos limites preconizados pela chamada *law of the land*, ulteriormente, *due process of law*. Em decorrência de tais eventos, o primado da *legalidade* impôs que o Estado dispensasse a todos igual tratamento, vez que a lei "deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune", razão pela qual devem ser (as leis) genéricas, abstratas e impessoais.

Do princípio da legalidade emergiram outros correlatos: o *princípio da igualdade* e do ***devido processo legal***.²⁰⁷ Desse modo, em todo processo

²⁰⁷Trechos da Carta Magna dispunham: "Os condes e os barões serão punidos por seus pares, e conformemente a medida de seu delito". Adiante: "A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça". Já a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, cunhada pela força revolucionária francesa, dispunha, no inciso VII: "nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites". (g.n). O princípio da igualdade nasceu do anseio burguês de combater os privilégios socialmente existentes nas monarquias européias antes dos ventos revolucionários. À época, os estratos socialmente dominantes regiam-se por códigos jurídicos especiais, particularistas, ou seja, eram *privilegiados* em razão do nascimento, da riqueza e do exercício de funções religiosas. Já os *comuns* orientavam-se segundo um direito igualmente *comum*. O triunfo do ideal da igualdade bifurcou-se na *igualdade perante a lei* e na *igualdade na lei*.

administrativo que envolva direitos ou interesses entre o Estado e demais entes ou pessoas, de natureza contenciosa ou não, deverá sempre o poder público atuar mediante a audição dos afetados - de forma transparente e equilibrada - com vistas, inclusive, a permitir a verificação da juridicidade e a *justiciabilidade* da ação ao crivo imparcial de um poder que lhe é exterior e independente, o Poder Judiciário.

O princípio do devido processo legal, segundo Cármen Lúcia, "compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais e sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tal como o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado, prévia e naturalmente identificado".²⁰⁸

Então, a igualdade perante a lei pôs fim à desigualdade política existente e instituiu a *uniformidade de tratamento perante a norma* independentemente de qualquer condição. Já a *igualdade na lei* proibiu que fossem criados tratamentos discriminatórios pelo legislador de modo a desigualar os iguais. Note-se, enfim, a lei já foi expressão da vontade divina, do desejo dos príncipes e dos anseios de castas econômicas. Agora, sob a inspiração do Estado *Democrático* de Direito, espera-se que expresse a *vontade do povo*.

²⁰⁸ ROCHA, Carmen L. Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 136, out/dez. 1997. Ainda segundo Wade, a história da liberdade tem sido em grande parte a história do respeito às garantias do processo, de sorte que a todos se estende o direito de julgamento à luz dos princípios do "direito natural"; todos têm o direito a ser ouvido (*right to a hearing, audi alteram partem*) e o direito a um julgamento imparcial. WADE, H.W.R. *Diritto amministrativo inglese*. Milão, Giuffrè, 1969, apud CRUZ, 1996, p. 114.

Na constituição pátria, sobreditas garantias estão assentadas no inciso LV, artigo 5º, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais:

“Art. 5º.....
 LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Ao inserir o processo administrativo dentro das regras fundamentais do art. 5º, parificando-o, em termos de garantias, ao processo judicial, o constituinte pretendeu expurgar de vez o arbítrio do administrador em face dos servidores estatais, aspecto de especial relevo ao exercício do poder disciplinar. Daí, por força da norma constitucional, ao processo administrativo disciplinar se aplicarão os mesmos princípios – tal como o da imparcialidade e do contraditório - que norteiam o processo judicial.²⁰⁹

Reforçando esse apelo, defende Cruz (1996:353) a necessidade de se reconhecer o “caráter jurisdicional” do processo administrativo para que nele sejam efetivamente aplicadas as mesmas garantias inerentes ao processo judicial, tal como, por exemplo, a garantia da imparcialidade.²¹⁰ Nesse sentido,

²⁰⁹ Também a Lei n. 8.112/90 veio aprimorar a garantia do devido processo legal. No regime do Estatuto anterior, Lei 1.711/52, embora fosse prevista ao acusado a ampla defesa no processo administrativo, o indiciado somente tinha acesso ao processo após o encerramento da instrução, para, somente então, formular sua defesa. Desse modo, toda a fase instrutória perfazia-se unilateralmente, sem a referida “ampla defesa”. Atualmente, em caráter ainda mais moderno que as regras estatutárias, preceitua o art. 2º, X, da Lei n. 9.784/99, aplicável ao processo de investigação de desempenho, que “nos processos administrativos serão observados (...) a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de prova e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

²¹⁰ Nesse particular, apóia-se Cruz no magistério de Cintra (1994) para aduzir que “o caráter substitutivo da jurisdição torna evidente a exigência elementar da imparcialidade” porque o juiz sempre julga

e aplicando-se tal preocupação ao processo de avaliação de desempenho, admitir-se que o Judiciário somente aprecie o aspecto da legalidade do processo administrativo do qual resulta a demissão por insuficiência de desempenho, significará reconhecer que a Administração estará a julgar com traço de definitividade e imutabilidade os demais aspectos formativos do ato. E o pior: estará a julgar definitivamente sem, contudo, haver provido reais meios de defesa ao avaliando, haja vista a impossibilidade de defesa técnica na apuração de desempenho, bem ainda a duvidosa imparcialidade da comissão avaliadora, entre outros vícios apontados no quinto capítulo.

É ainda Cruz (1996:366) quem colaciona ilustrativo entendimento doutrinário produzido por Arruda²¹¹, o qual, embora se refira ao clássico processo disciplinar, aplica-se igualmente ao processo de investigação de desempenho:

“No processo administrativo não se têm as mesmas garantias que se têm no processo judicial, pois: a) é a própria Administração que julga, sendo ela parte e juiz ao mesmo tempo; b) a garantia do contraditório não é tão ampla, como no processo judicial; c) não se pode esquecer que o funcionário – envolvido na maior parte dos casos práticos – é sempre subordinado da Administração. Em conseqüência, propugna-se a incidência da ‘atividade

substituindo a vontade das partes, cuidando de realizar a “vontade concreta da lei”. Valendo-se, ainda, da lição de Chiovenda, ensina haver *grave incompatibilidade psicológica* entre a tarefa de administrar e a de julgar, haja vista que o administrador “pode ser dominado pela consideração do interesse do Estado”, donde ser necessário prover autonomia e independência ao órgão que julga a fim de evitar “a justiça de gabinete”. Conclui Cruz (1996:353), que: “o processo disciplinar, na teoria, considera-se imparcial, o que, na prática, só ocorre por acaso ou por exceção”.

²¹¹ ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 108.

controladora do Poder Judiciário' mesmo quanto à 'sua justiça' e ao reexame das provas”

Como se destacou no capítulo anterior, eis então os “*calcanhares*” de Aquiles do projeto n. 248/98: nele não há possibilidade de *defesa técnica* do servidor; não há incontestável imparcialidade dos “juízes leigos”; não há exigência de habilitação-qualificação técnica dos mesmos em face do avaliando; os juízes, embora exerçam importante função, são discricionariamente indicados pela Administração sem qualquer audiência do servidor (o que poderia ser feito com a participação da respectiva entidade sindical) não detendo, pois, qualquer garantia que lhes proporcionem isenção e inamovibilidade para o exercício da função. Afora essas lacunas de *ordem técnica*, outras há de *ordem cultural*: ainda persiste no serviço público autoritária e pedante tradição administrativa que incita o agente a manter o decidido ao invés de ceder ante o pedido de revisão do interessado (servidor ou administrado)²¹²; a inexperiência administrativa no manejo da ação disciplinar em geral e, em especial, no

²¹²A velha burocracia ainda muito confunde formalidade - imprescindível, por exemplo, ao controle do processo administrativo - com formalismo; confunde autoridade com autoritarismo, discricionariedade com arbítrio, legalidade com legalismo e por aí vai. Ilustrando a realidade desse estado de coisas, Geraldo Ataliba, discorre sobre os elementos culturais arraigados na Administração lembrando que “... por comodismo, espírito de prepotência e muitas vezes ignorância, certos agentes públicos no nosso país – como, de modo geral, nos países latinos – tendem a ignorar a força dos princípios, para se apegarem a determinadas regrinhas, tendo em vista reduzir ou restringir os interesses dos administrados, diante daquilo que eventualmente possa parecer ser o interesse do Estado, numa determinada situação”. E prossegue: “... o administrador brasileiro, de todas as faixas políticas de competência e de todos os graus de hierarquia dentro delas, não tende a emendar erros pela revisão dos seus despachos ou decisões. Há de uma mentalidade formada e enraizada, no sentido de instar para manter o decidido, só se rendendo o administrador a razões do administrado quando absolutamente impossível opor-lhes qualquer argumento. Um falso temor de colocar-se contra o interesse público ao deferir pretensão do indivíduo contra posição da Administração, ainda que mal assumida, leva a barrar-lhe o caminho da solução imediata, deixando perdurar a injustiça com a remessa às vias judiciais. (...) Uma falsa inteligência do dever de servir, essencialmente vinculado à sua função, faz que o administrador, colocado em posição superior na hierarquia, tenha por diminuído o prestígio da Administração no provimento de postulações contra atos de subalternos seus e amesquinhe o seu próprio prestígio com o acolhimento de pedidos de reconsideração. E quando se trata de pretensão envolvendo, já não direito subjetivo, mas apenas interesse legítimo, a barreira da resistência se mostra ainda mais sólida”. ATALIBA, Geraldo. *Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal. Justitia*, v.1

impulso da avaliação de desempenho; por último, a pouca tradição existente quanto ao exercício do contraditório no processo disciplinar, haja vista que até a edição da Lei n. 8.112/90 a defesa do servidor somente ocorria após a instrução. Como se vê, graves são os riscos a que estarão submetidos os servidores no processo disciplinar de avaliação de desempenho, riscos que só fazem reforçar a necessidade, aqui defendida, de amplo controle do processo disciplinar destinado a demitir o servidor por insuficiência de desempenho.

Ainda quanto ao princípio do **devido processo legal** leciona Teixeira²¹³ que constitui a síntese de três outros princípios cardeais: **do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular**. Pelo princípio do **juiz natural** garante-se o julgamento por juiz ou Tribunal investido de competência para processar e julgar a lide, para cujo mister é dotado de imparcialidade e independência. Assevera, ademais, agora com suporte em Delgado,²¹⁴ que esse princípio repele “a justiça de privilégios ou de exceção, garantindo a todos julgamentos por ‘juízes legais’, isto é, investidos nas suas funções de conformidade com as exigências constitucionais’, de modo a não se permitir a criação de “juízos destinados a julgamento de determinados casos ou de pessoas especificadas”.

²¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O processo civil na nova Constituição*. Vitória: Publicação da Escola de Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1988 apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²¹⁴ DELGADO, José Augusto. *A tutela do processo na Constituição de 1988 – Princípios essenciais*. Natal 1988 apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Veja que a literal aplicação desse princípio ao processo de avaliação de desempenho será impossível, haja vista que os "juízes administrativos" – ainda que não julguem com foros de definitividade – não detêm as prerrogativas típicas dos exercentes de funções jurisdicionais, tais como a independência, a imparcialidade, a estabilidade (lembre-se que nem todos precisarão ser estáveis), entre outras. Desse modo, embora não funcionem as comissões como tribunais excessivos, também não funcionarão como legítimos tribunais, porquanto lhes faltarão *essenciais* condições para tanto. Situa-se então a comissão avaliadora num estágio intermédio, numa espécie de *limbo jurídico*, porque, embora dotada de significativos poderes, faltam-lhe, entretanto, plenos atributos judicantes.²¹⁵

Quanto ao **procedimento regular**, implica em que o processo deverá ser conduzido conforme regras e procedimentos *previamente indicados na lei*, sem desvios, inovações e imprevistos que tumultem ou prejudiquem a defesa da parte envolta na relação jurídica. Assim, no processo de investigação de desempenho será capital que os avaliadores exerçam suas funções conforme as normas instituídas pela futura lei e pelo respectivo regulamento. Deverá ainda a comissão observar os princípios e as regras básicas que ordenam o

²¹⁵ Com suporte na doutrina italiana, o professor Geraldo Ataliba, citado por Velloso (1997:227), lembra que a **independência e a imparcialidade** dos Tribunais constituem pressupostos à afirmação do Estado de Direito. Como lançado nas páginas anteriores, reitera-se que tais pressupostos não encontram pacífica aplicação ao processo de avaliação de desempenho porque nele os avaliadores – que exercerão inequívoca função julgadora – não detêm independência e, conseqüentemente, a devida imparcialidade em face do poder que os instituiu na função de julgar. Tal situação tornará combatida a legitimidade das decisões administrativas. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985, p.88. Lembra agora o próprio Velloso que a garantia do juiz natural é preceito "universalizado" e adotado internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. X: "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". (g.n)

processo civil e penal, as quais se aplicarão subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar – seja por ocasião do processo disciplinar de avaliação de desempenho, seja durante o processo disciplinar demissório.

No processo disciplinar de avaliação de desempenho, a aplicação do princípio do **contraditório** deverá compreender o adequado chamamento do servidor a participar da relação na qual serão discutidas questões afetas ao seu proceder e que, em última, instância, determinarão a sua permanência no serviço. A prática do contraditório deve fazer-se presente em todos os momentos em que se produzam provas relativas ao desempenho funcional. Ademais, o contraditório não poderá se limitar à mera presença do servidor às diligências investigativas da apuração de desempenho. Será indispensável ouvir a sua manifestação, ou de seu “representante”, tanto no processo específico de verificação de desempenho, em todas as suas fases e operações, quanto no ulterior processo disciplinar demissório, após diagnosticada como sendo irrecuperável a ineficiência funcional.²¹⁶

Uma vez que o **devido processo legal** perfaz-se na efetividade do **contraditório** e da **ampla defesa**, pelo primeiro, o servidor avaliando terá lata possibilidade de manifestação ante os elementos ou fatos a si imputados,

²¹⁶ Preocupa, e muito, o fato de que no processo de avaliação de desempenho as comissões não venham atuar com a imprescindível imparcialidade, caracter fundamental ao exercício da ação de julgar. Como se viu no capítulo anterior, dentre os membros da comissão avaliadora, *três* serão indicados pela Administração, logo tendentes, em tese, a corresponder a “confiança” em si depositada pela Administração. desse modo, na formação da comissão condutora do processo de avaliação de desempenho haverá não apenas evidente *disparidade quantitativa*, mas também *qualitativa*: a Administração nomeará *três*; o servidor, *apenas um* avaliador, e esse, ainda assim, *não terá capacidade deliberativa*, mas apenas opinativa durante as *decisivas* reuniões da comissão. Vide, a propósito, o art. 5º, § 5º, do PLC n. 248/98.

podendo opor-lhe outros de natureza desconstitutiva, negativa ou impeditiva. Para tanto, a comissão encarregada de mover o processo de avaliação deverá assegurar-lhe amplo acesso aos fatos, provas e decisões produzidas (e respectivos motivos), bem como o direito de produzir contraprovas.

Imbricado no princípio do contraditório, a **ampla defesa** consiste no “direito à adequada resistência às pretensões adversárias,”²¹⁷ impondo-se como poder atribuído ao servidor de apresentar prévia defesa antes da aplicação de qualquer sanção disciplinar. Tal princípio assegura ao servidor opor-se, explicar-se, fiscalizar o procedimento adotado pela comissão, interpor recursos, produzir e apreciar provas, além do direito à adequada notificação de todos os atos processuais. Nesse particular, poderá, inclusive, apresentar, em defesa e por escrito, elementos, fatos ou situações existentes no ambiente de trabalho as quais impedem ou dificultam o seu adequado desempenho.²¹⁸

²¹⁷ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, 10 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994. Veja-se novamente que a comissão terá poderes de julgamento sem, contudo, deter as necessárias prerrogativas para tal exercício. Além de não possuir *autonomia* em face da Administração que *instaura, interessa e julga* o processo, **não possuirá poderes coativos** para determinar, se preciso, o comparecimento de testemunhas *alheias* ao serviço público cuja audição seja necessária a esclarecer o desempenho do avaliando. Poderá, quando muito, *convidá-las* a comparecer, haja vista que não poderá *intimá-las*, vez que intimação é *ato judicial* assim definido no art. 234 do Código de Processo Civil. Portanto, note-se que em não possuindo reais poderes instrutórios tem-se, também por mais essa deficiência, a precariedade de sua atuação e sério gravame ao adequado exercício do contraditório e da ampla defesa. Tudo isso compromete, afinal, a legitimidade de seus resultados.

²¹⁸ Observe que a Lei Complementar à Constituição Estadual, Lei n. 71, de 30 de julho de 2003 – que instituiu a avaliação de desempenho no serviço público mineiro - inseriu, após calorosa discussão, disposição favorável ao servidor e que não constava do texto primitivo remetido ao legislativo. Dispõe o § 1º, do art. 4º, *verbis*: “Durante o processo de avaliação de desempenho, o servidor poderá manifestar-se, por escrito, sobre as condições de trabalho oferecidas pelo órgão ou entidade, as quais deverão ser levadas em consideração pela Comissão para atribuição do conceito”.(g.n). Em outra passagem esse diploma também instituiu a faculdade de que o avaliando seja *assistido* por representante sindical. Essa medida ameniza, porém não resolve a lacuna da defesa técnica também existente nesse projeto. Note-se que em diversas passagens deste trabalho (capítulos 2 e 4) se defendeu que a avaliação de desempenho deve envolver variados aspectos, inclusive a estrutura, os recursos, enfim, o entorno do desempenho. Observe-se, ademais, que o legislador mineiro, reccoso de que a comissão não viesse considerar as circunstâncias laborais na averiguação de desempenho, destacou, ao final do dispositivo, a indispensabilidade da observância das condições ambientais em que se desenvolve o trabalho. À primeira

Como indica o próprio nome, não se trata de possibilitar qualquer defesa, mas **ampla** defesa, ou seja, defesa com os meios e recursos a ela inerentes, ou, se preferir, defesa em latitude compatível com o arrazoado urdido pela parte contrária. Aliás, a ampla defesa fora há tempos sumulada pelo STF, Súmulas 20 e 21, cujos conteúdos asseguram ao servidor conhecer de tudo quanto sobre ele se apura ou afirma de modo que possa, por si, ou por procurador, devidamente manifestar-se.²¹⁹ Por tal razão, imprescindível será que o servidor (ideal seria que também o seu procurador *técnico*) esteja presente e atuante ao julgamento que lhe interessa.

No processo disciplinar de avaliação de desempenho deverá a comissão corresponder aos pedidos de defesa do avaliando. Proceder-se ao contrário, equivalerá a cercear-lhe a defesa. Isso porque, como colaciona Rosas (1999:46), o contraditório não se exaure na resposta, na contestação, mas estende-se também a outros atos processuais que impliquem na defesa. Assim, se o servidor requer determinadas medidas e elas lhe são injustificadamente negadas, se estará a cercear-lhe a defesa e a impedir o exercício do contraditório. Como assentado pela jurisprudência, se a parte solicita ao juiz certas medidas, como requisição de processo, de certidões,

vista, parece que o legislador laborou desnecessariamente, posto que tal conduta seria de óbvio cumprimento porquanto já prevista na parte inicial do dispositivo. Entretanto, não é bem assim. A explicitude se justifica. Firma-se na tendência – adequadamente *pressentida* – de que se venha avaliar o desempenho funcional *in abstractu*, idealizadamente (a avaliação *idealizada*, formal, tratada no capítulo 4 e 5), bem ao estilo da velha burocracia. Tais condutas já foram oportunamente criticadas neste trabalho.

²¹⁹ “Súmula 20- É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”; “Súmula 21- Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. Sobre o tema confira também FERREIRA FILHO, Manoel G. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1992. v.2.

informações, etc., e elas são negadas pelo juiz, há cerceamento de defesa (RE 83.759, RTJ 84/556).

Ademais, frise-se que a imprevisão de representante técnico no acompanhamento dos procedimentos de avaliação obrigará a que o *itinerário procedimental* e o *termo final* da avaliação sejam minuciosamente fundamentados e didaticamente explicitados ao servidor, uma vez que esse não poderá socorrer-se da atividade de profissional especializado na inteligência das regras processuais praticadas no processo avaliativo.

Assim, à similaridade do que ocorre no processo disciplinar infracional, em que “tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas” (art. 161, *caput*, Lei n. 8.112/90), no processo de avaliação, ao avaliando deverão ser dados todos os elementos que firmam a convicção da comissão avaliadora²²⁰.

Então, por analogia ao contido no diploma estatutário, a ineficiência do desempenho deverá emergir robusta no *termo final* (equivalente à *portaria* no processo disciplinar) produzido pela comissão. À similaridade do que rege o art. 161, *caput*, da Lei 8.112/90, uma vez *tipificada* a infração disciplinar, a

²²⁰ No que concerne à aplicação de penas disciplinares, tanto a doutrina quanto a jurisprudência assentem que a Administração deve proceder à rigorosa apuração da falta cometida, dando-se oportunidade de defesa ao servidor, pena de ilegitimidade e invalidade da sanção através de impetração de *mandamus* – por inobservância de formalidade essencial na apuração da falta, a teor do art. 5º, III, da Lei 1.533/51. Trata-se do entendimento de Hely Lopes Meirelles. No mesmo sentido, também Celso Antonio Bandeira de Melo, *Curso de direito administrativo*, 11ª ed. São Paulo, Malheiros Editores. p. 234; e José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. p. 583. Como alhures se viu, tal garantia remonta ao início do século passado, quando a Constituição de 1937, artigo 156, “c”, exigia, como garantia do servidor investigado pela Administração, a existência de “processo administrativo em que sejam ouvidos (os servidores) e possam defender-se.”

saber, detectada a violação de dever funcional que atrai a penalidade disciplinar demissória, deve o fato imputável ser especificado, seguido das respectivas provas.

A respeito, a jurisprudência:

“Portaria que não descreve os fatos irregulares atribuídos ao funcionário e nem faz remissão aos artigos de lei que, porventura, tenham sido infringidos – Direito de defesa não assegurado – Anulação do ato – Decisão confirmada”. Recurso em Mandado de Segurança. (Revista de Direito Administrativo. V. 188. pp. 136/137).

Corroborando tal entendimento, o magistério de Odete Medauar (1999:340):

“Inexistência de imputação não é erro leve de forma; constitui omissão grave, insanável violência à ampla defesa. (...) É instrumento que especificando as imputações, delimita e demarca o objeto do processo disciplinar e, por conseguinte, a defesa do acusado” STF, RE 120.570, 1991 (RDA 189/1992). E mais: “A portaria inaugural e o mandado de citação devem explicar os ilícitos atribuídos ao acusado. Ninguém pode se defender eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas”. STJ, RMS, 1.074, 1991 (RDA, 188/1992).

De fato, proceder-se ao contrário, seria admitir imputações ou resultados vagos, inespecíficos, o que é indefensável. Seria dificultar a apreciação pelo

servidor, haja vista que ninguém pode defender-se de acusações genéricas, imprecisas. Por tal razão, os *dados e fatos* apurados deverão ser descritos com todas as suas circunstâncias, *in casu*, com indicação dos elementos de ordem técnica – gráficos de desempenho, índices, percentuais, etc – os quais deverão ser interpretados em linguagem simples e *inteligíveis* ao avaliando. Assim agindo, se estará a servir ao princípio da ampla defesa que impõe a delimitação dos fatos imputáveis aos réus nas relações jurídicas em geral (CPC, art. 282, III e CPB, art. 41.)²²¹

Sintetizando, é inconcebível que sejam exercidos poderes tão vultosos sobre o servidor – efetivamente vulnerável em face da comissão julgadora - sem que lhe seja oportunizada ampla e real oportunidade de manifestação, de defesa. Assim, a Administração, porque curvada sob o saudável fardo da legalidade e da moralidade, deverá primar pela prática do contraditório. Fazendo-o estará a respaldar e a legitimar o exercício do poder disciplinar que exercerá através da comissão, a essa dando credibilidade. Ademais, como o dissera Carnelutti, o contraditório não diz respeito apenas ao interesse das partes; isso fornece o incentivo ao contraditório, mas não constitui o seu fim. Para ele, o juiz – *in*

²²¹ É consentânea a extrema influência que o trabalho exerce na vida das pessoas. Pelo trabalho se conquista a sobrevivência, se adquire plena capacidade jurídica, conquista-se autonomia financeira e a satisfação de necessidades sócio-psíquicas. Enfim, o trabalho é fonte de equilíbrio, e, sua ausência, de desequilíbrio da vida sócio-individual. Essa verdade foi excelentemente ditada pelo saudoso poeta Gonzaguinha, quando diz na canção que “sem o seu trabalho, um homem não tem honra, e sem a sua honra se morre, se mata” (sic). *Morte* não necessariamente física, sublinhe-se. A perda do trabalho transcende à privação de necessidades econômicas, projetando o sem-emprego na privação de inúmeras outras necessidades tão ou mais importantes que a sobrevivência material: o sem-emprego geralmente é sem auto-estima, sem liberdade, sem autonomia, sem vida social equilibrada, sem afeto, sem esperança, sem futuro e sem um monte-de-outras-tantas-coisas proporcionadas pela integração no mundo do trabalho

casu, a comissão julgadora - tem necessidade do contraditório muito mais que as partes.²²²

2.1.2.2- O princípio do impulso oficial, da verdade real e da formalidade

O PLC n. 248/98 dispõe, no art. 4º, que o processo de avaliação de desempenho obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, do contraditório e da ampla defesa. Dispõe ainda que **as normas gerais** contidas na Lei n. 9.784/99 terão aplicação subsidiária ao processo de avaliação de desempenho.²²³

²²² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles, Morano, 1958 *apud* CRUZ, 1996, p. 230. Por sua vez, Medauar (1993:192) pugna a imprescindibilidade das garantias do contraditório e ampla defesa aos sujeitos *em todos e quaisquer atos praticados pela Administração em virtude dos quais haja interferência sobre os direitos individuais*. Embora seja no processo administrativo disciplinar que mais nitidamente desponta o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, em todos os demais processos administrativos, tal como aquele que imputa sanção pecuniária ou faz cessar benefício concedido a terceiros, deve sempre a Administração observar referidas garantias. Note-se que mesmo naqueles países em que inexiste o rígido sistema da estabilidade, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, exige-se, para a demissão dos servidores, garantias como a imparcialidade do órgão julgador e outras inerentes ao contraditório.

²²³ Dentre as *normas gerais* está o conteúdo do art. 2º da Lei n. 9.784/99 o qual amplia o rol de princípios aplicáveis ao processo disciplinar de avaliação de desempenho: "Art 2º- A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, **finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade**, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e **eficiência**."

Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II, III, IV- *omissis*; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo na Constituição; VI - **adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - **garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos em que possam resultar sanções e nas situações de litígio**; XI - *omissis*; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.(g.n).

Acerca do princípio da eficiência, previsto no art. 4º do PLC n. 248/98, sugere-se o retorno às considerações feitas nos capítulos 2 e 3. Também quanto ao princípio da legalidade acima já se referiu.

Quanto ao **princípio do impulso oficial**, à Administração compete prover o andamento do processo (inciso XII da Lei n. 9.784/99). Na mesma direção, a Lei n. 8.112/90 dispõe sobre a obrigatoriedade do impulso oficial do processo administrativo pela autoridade que conhecer de irregularidade no serviço público.

A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que a instituição do processo administrativo rege-se pelos princípios da **oficialidade** e do contraditório, esse último necessário à ampla defesa. Aplicando o entendimento da autora ao processo disciplinar de avaliação de desempenho, pelo princípio da oficialidade, a Administração, através da comissão, tomará a iniciativa para levantamento das provas do desempenho, podendo realizar e determinar todas as diligências que julgar necessárias à obtenção da verdade real. Em necessária contrapartida, pelo princípio da ampla defesa, se oportunizará ao servidor conhecer e responder a todas as provas contra si produzidas. Di Pietro (1996:405).

Em obediência ao **princípio da verdade real**, a instrução do processo de avaliação de desempenho deverá assentar-se em fatos e dados contidos nos autos, cuja colheita deve ser a mais ampla, robusta e objetiva possível a fim de evitar-se agressão ao preceito da ampla defesa. Nesse sentido, a meta

daquele que avalia será a busca de *fatos* ou *dados* reais e pertinentes, de modo a se evitar a manipulação da realidade para atendimento a finalidades espúrias, agredindo, assim, não apenas à moralidade, mas também ao princípio da busca do específico interesse público da eficiência funcional.

Quanto ao **princípio da formalidade**, distinga-se, de início, que formalidade não é sinonímia de formalismo, porquanto o processo deve ser concebido em sua acepção meramente finalística. A formalidade aqui aplicável deverá ser a *formalidade moderada*, com vistas a tornar célere a apuração e a correção do desempenho. Vale dizer: contrariando os perversos *ismos* processuais muito amados na prática nacional, (v.g., o tecnicismo, o ritualismo, etc) as formas processuais devem ser o bastante apenas a assegurar a objetividade, a transparência, a segurança e, sobretudo, a justiça na aplicação de sanções disciplinares. Contudo, porque grandes e conhecidos são os riscos de desvios e arbitrariedades no processo disciplinar, se deverá vigiar para que o princípio da *formalidade moderada* não seja invocado "para sanar nulidades ou para excusar o cumprimento da lei", conforme bem adverte Medauar (1999:195). O princípio da formalidade almeja, então, pautar a ação do administrador público em bases seguras e objetivas, de molde a evitar desvios da legalidade ou abusos de poder na gerência dos recursos humanos institucionais.

2.1.2.3 - O princípio da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da finalidade

O **princípio da moralidade** administrativa pode ser deduzido como sendo o dever de administrar com suporte na *ética e na finalidade pública*. Para Medauar (1999:142), o conteúdo desse princípio abarca ampla gama de situações e condutas de modo que a imoralidade deverá ser aferida sob o enfoque fático ou contextual, não sendo razoável concebê-lo abstratamente. Considerando-se então a plasticidade do princípio, será mais fácil deduzi-lo pelo seu conteúdo negativo, ou seja, detectando-se o que não é moralidade, do que pelo seu conteúdo positivo, a saber, o que efetiva e idealmente seria a moralidade administrativa.

Como dito noutras passagens, tal princípio permitirá controlar os atos disciplinares empreendidos por ocasião do processo disciplinar de avaliação de desempenho. Vale dizer, o administrador, submisso ao **princípio da moralidade** (art. 37, *caput*, da Carta Magna) **deverá** adotar, entre as opções postas ao seu alcance, a que melhor atenda ao interesse público exigido pelo caso concreto. Servirá, então, para escoimar dos atos administrativos disciplinares os desvios da finalidade pública na apuração da eficiência. Pelo princípio, se deverá averiguar além da licitude, a moralidade contida no **objeto** do ato (o efeito prático pretendido, v.g., a demissão do servidor), bem ainda a sua correspondência com o **motivo** (as circunstâncias fático-jurídicas autorizativas do ato, ou seja, a manifesta ineficiência) com os **fins** ou com o *interesse público* (de tornar concreta a eficiência administrativa). Ao Judiciário

caberá, *privilegiadamente*, sopesar os elementos editores do ato administrativo disciplinar para certificar-se da moralidade em sua expedição.

O **princípio da publicidade** radica-se no imperativo democrático da transparência. Se *pública* é a Administração, nela o segredo deve constituir rara exceção. Ou ainda: em sendo o administrador público mero "gestor de negócio alheio", incumbe-lhe prestar contas de seus atos aos cidadãos, legítimos titulares dos interesses geridos. Também esse princípio é de reluzente importância ao tema sob análise. Por ele, se assegurará ao servidor conhecer todas as informações que digam respeito ao seu desempenho, de modo que possa, inclusive, redirecioná-lo para adequar-se aos padrões de desempenho desejados. Desse princípio deflui o dever da motivação dos atos disciplinares. Desse modo, a não informação ou a insuficiente informação do avaliando dos "defeitos" de sua conduta elidirá o direito da Administração de puni-lo com a pena capital, por absoluta transgressão ao exercício da ampla defesa, haja vista que sonegar informações ao avaliando, indispensáveis ao conserto de seu desempenho, constituirá forte elemento de defesa oponível pelo avaliando em face da pretensão administrativa disciplinar.

Na dicção de Moreira Neto (2000:93), pelo **princípio da impessoalidade**, o Estado tem o dever de perseguir, em todo caso, os interesses públicos primários assim em lei definidos, atuando sempre em benefício da sociedade. Por esse princípio, impõe-se à Administração ofertar tratamento isonômico aos sujeitos na concreção dos reais e legítimos interesses do Estado. Vedam-se, pois, as conhecidas práticas de favorecimento, de nepotismo, de injustificada

desigualação dos legalmente iguais. Noutros termos, cuida-se de sepultar o conhecido “jeitinho” brasileiro muito praticado no patriarcalismo e que a uns acoberta e a outros açoita, sem qualquer calço na moralidade administrativa.²²⁴

Como os demais, esse princípio vincula-se imediatamente aos princípios da igualdade, da moralidade, da publicidade e da finalidade pública, obrigando, no processo de avaliação de desempenho, que os avaliadores ofertem tratamento igualitário, sem quaisquer ajeitamentos ou discriminações, aos avaliandos. Guarda ainda analógica equivalência ao princípio da imparcialidade que orienta o Poder Judiciário, de modo que os “juízes administrativos” (a comissão avaliadora e os agentes hierárquicos), no exercício da função *quase-jurisdicional* outorgada, a ele devem estreita submissão.

Enfim, o **princípio da finalidade** objetiva atender ao interesse público “especificamente explícito ou implícito na lei”, aspecto em que também residirá a legitimidade da ação administrativa. Esse princípio decorre do princípio da legalidade, uma vez é a **lei** que institui o fim a ser buscado pelo administrador quando atua as competências que lhe são outorgadas. Desse modo, ao administrador não basta concretizar o mandamento formal normativo. Cumpre-lhe concretizar o *valor* contido na lei, de sorte que nem sempre o ato formalmente correto será finalisticamente legítimo por desatenção aos fins nela previstos, configurando, assim, abuso ou desvio de poder.

²²⁴ A respeito da nefasta prática do “jeitinho brasileiro” na Administração Pública, vide considerações feitas no capítulo I.

A importância desse princípio resulta da tendência doutrinária moderna de analisar a motivação do ato, ou seja, a razão de agir do administrador. E não há como se efetuar a análise da motivação sem atenção à finalidade do ato, ou seja, sem a análise dos objetivos perseguidos pelo agente. Em sendo o motivo o *por quê* do ato e o fim o seu *para que*, no processo em que se avalia o desempenho *ambos* deverão voltar-se à garantia da **eficiência da ação administrativa**, pena de desvio de finalidade.

Tenha, *e.g.*, a edição de um ato demissional (objeto) assentado na constatação da reiterada inabilidade técnica do servidor (motivo), que vise a assegurar a eficiência naquela atividade (fim) e que haja sido adequadamente expedido (forma) pelo devido agente hierárquico (competência). Nessa hipótese, acaso se verifique que ao servidor não fora dada oportunidade – ou seja, **meios reais e suficientes** - de correção de seu desempenho, tal ato será passível de invalidação judicial haja vista nele residir vício de finalidade. Explica-se: em sendo a finalidade do ato o atingimento da eficiência, não será razoável, e muito menos eqüitativo, que a Administração, antes de cooperar para o acerto do desempenho insatisfatório (para o qual, inclusive, poderá ter contribuído) venha extirpar o agente, e, em seu lugar, colocar outro que pouco ou nada conhece (ao menos empiricamente) da rotina da atividade desenvolvida pelo agente demitido. Em se permitindo à Administração a assim agir, se estará a ferir também o vetor economicidade que compõe o princípio da eficiência, posto que será muito mais dispendioso formar neófitos a aprimorar o desempenho dos agentes existentes. Na hipótese aventada, demitir o servidor equivalerá a fazer letra morta do disposto na seção III do PLC n. 248/98, que

trata da formação do agente ineficiente. Enfim, antes de se proceder à demissão do servidor, incumbirá à Administração prover meios de consertar o desempenho inadequado, ônus que corresponde a **direito subjetivo** atribuído ao avaliando.²²⁵

2.1.2.4 – O princípio da proporcionalidade

Firme-se, de início, que o **princípio da proporcionalidade** acha-se relacionado ao princípio da **razoabilidade**. A proporcionalidade se manifestará na imposição de sanções ao servidor na adequada e necessária medida em que atendam ao interesse público instituído na lei. Cuida-se, pelo princípio, de promover a equilibração entre meios e fins por ocasião da imposição de medidas disciplinadoras do desempenho funcional.

Esse axiomático princípio obriga, por exemplo, que, por ocasião da imposição de medidas corretivas do desempenho insuficiente, não venha o superior hierárquico exigir do avaliando esforços irrazoáveis, muito além da capacidade individual ou distante das possibilidades ou necessidades reais do serviço público. Assim, a aplicação de tal princípio servirá a evitar extremos na busca do desempenho eficiente, banindo tanto o excessivo rigor na correção, quanto a condescendência na apreciação do desempenho funcional. Desse modo,

²²⁵ Note-se, porém, que a perseguição de resultados não poderá eleger o primado dos fins sobre os meios. A eficiência de resultados somente encontrará respaldo no setor público quando justaposta a outros parâmetros, como o da razoabilidade, de sorte que não será sustentável a obtenção da eficiência “a qualquer custo”, v.g., em prejuízo aos direitos do servidor ou em menosprezo às suas *individualidades e respectivas necessidades*. Por essa razão, sugere-se que a perseguição da eficiência administrativa deva partir de estudos de demais temas caros ao desempenho, tais como a gênese da *motivação* e a compreensão das *teorias e técnicas de gestão de pessoal* que ainda são praticadas no setor público.

atuação proporcional será aquela que não agrida a mediana razão, que não se prefigure exagerada, donde conectar-se a proporcionalidade ao princípio da razoabilidade.

Para verificar a sua aplicação, imprescindível será realizar o *controle intrínseco* do processo, ou seja, será preciso transcender aos aspectos meramente formais da edição do ato, como a observância da forma e da competência, para tangenciar a aspectos nucleares do mesmo como a motivação e a finalidade.

2.1.2.5- O princípio da motivação e da sindicabilidade dos atos administrativos

Embora não previsto no texto do PLC n. 248/98, o **princípio da motivação** possui evidenciada importância no processo de apuração de desempenho. Seu conteúdo correlaciona-se à natureza democrática do Estado brasileiro (art. 1º, CR), ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e ao princípio do contraditório (inciso LV do art. 5º, CR). Ademais, a equiparação do processo administrativo ao processo judicial, trazida pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição, tornou essencial a motivação do ato administrativo – assim como o é para as decisões jurisdicionais (art. 93, X). Desse modo, a ausência da motivação, por resultar em prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa, é vício que atrai nulidade à ação disciplinar.

Motivar significa explicitar a *ratio decidendi* do ato, equivale a atender ao **dever** da transparência e da moralidade, de modo que a motivação não

constitui um *plus* a acompanhar a expedição do ato, mas é elemento que constitui a sua essência. Então, se age a Administração no cumprimento da legalidade, em obediência aos comandos principiológicos maiores contidos no art. 37, *caput*, da Constituição, não haverá mínima razão a que venha excusar-se de motivar os atos que edita. Pelo princípio, a aplicação de toda pena disciplinar ou administrativa precisará ser exaustivamente motivada com vistas a demonstrar a retidão do administrador e, eventualmente, o seu controle administrativo ou judicial.²²⁶

A respeito desse controle, bastante ilustrativa é a hipótese colacionada por Cruz (1996:327) contida nos autos da Ação Rescisória n. 147, julgada em 19.6.90, por unanimidade, pela 1ª Seção do STJ, em que funcionou como relator o então Min. Américo Luz. O acórdão foi assim ementado:

“Ação Rescisória. Admissibilidade. Erro de fato. Ato administrativo viciado na motivação. Sua anulação. Rescinde-se o acórdão que na apreciação da causa se distanciou do pedido, incidindo em erro de fato. Anula-se o ato punitivo disciplinar que decretou a demissão da autora,

²²⁶ Segundo o magistério de Rosas (1999:43), o dever da motivação, hoje decorrente do regime democrático e da principiologia constitucional, remonta às Ordenações Filipinas. Rezava o Livro III, Título LXVI, § 7º das Ordenações: “E para as partes saberem se lhes convém apelar ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos por que os juizes inferiores se movem a condenar ou absolver, mandamos que todos os nossos Desembargadores, e quaisquer outros julgadores (...) declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar ou revogar”. Ainda sobre a questão, ensina Cármen Lúcia que “não é suficiente a fundamentação que apenas enuncia fundamentos de facto ou só de direito, e muito menos aquela que se limita a invocar a lei ou os princípios de direito, sem os enunciar, ou que, sem qualquer outro motivo, refere-se apenas ao preceito legal (...). Sempre se terão de rejeitar aquelas (fundamentações) que apontem apenas para um princípio de motivação ou que se limitem a formular uma conclusão. É o que, no direito francês, se designa por proibição de fórmulas *passé-partout* que, podendo utilizar-se para todas as situações, não são aplicáveis ao *thema decidendum*”. In: GOMES,

em face dos motivos dele constantes, inteiramente diversos da falta a ela atribuída. Ação julgada procedente”.

No conteúdo do acórdão, assim manifestou-se o órgão julgador:

“... o ato punitivo disciplinar vinculado a motivo falso, ou mesmo inidôneo para o fim colimado, no caso a demissão da autora, (...) tornou-se inoperante, em face da improcedência dos motivos, pelo que deve deixar de subsistir, por patente ilegalidade. Assim, diante do exposto, considero ilegal a pena de demissão aplicada, pelo que anulo o ato que a decretou, julgando procedente a ação, na forma do pedido inicial”.

Em decorrência do sobredito, releva sublinhar o **princípio da sindicabilidade dos atos administrativos**. Tal princípio terá acentuada aplicação no controle da legalidade e da legitimidade do poder administrativo-disciplinar de averiguação da eficiência.

Atualmente, a *jurisdicionalização* do processo administrativo disciplinar está a balançar a velha tese da insindicabilidade do motivo e do objeto do ato administrativo: sempre que pairarem dúvidas sobre a legitimidade do ato, restará ao Judiciário apreciar a existência ou não de motivos reais ou suficientes à edição do mesmo. No que pertine, por exemplo, à edição do ato demissório, poderá suceder que, embora o ato se coadune a fim legítimo (como o alcance da eficiência) os motivos em que se assenta poderão não

existir, ou, existindo, não terem a necessária consistência para suportar o ato.²²⁷

Nessa direção, tem evoluído a jurisprudência para autorizar a verificação dos *aspectos intrínsecos* do processo administrativo que cominam penalidade demissória ao servidor, para então verificar das provas da conduta erigida como causa da demissão. A respeito, Fagundes (1984:134) colaciona julgado bastante ilustrativo:

“O Poder Administrativo não exerce função judicante e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em *ultima ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Judiciário. Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, **pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato é justa ou injusta**”. (RF, 33:69-90).(g.n).

Noutros termos: assim como não se deve menosprezar a verificação da “formalização extrínseca” do processo - a citação, a adequada vista dos autos,

²²⁷ Como adiante se verá, o tema da discricionariedade e de seu controle é de capital importância ao processo disciplinar de avaliação de desempenho. Vincula-se, sobretudo, aos muitos esforços dirigidos à maior controlabilidade do poder discricionário, ora destacada pelas teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. Pela primeira, conclama-se o Poder Judiciário a anular o ato desviante da finalidade legal; pela segunda, a apreciar os motivos ou pressupostos de fato que sustentaram a sua edição. Então, mediante a análise dos motivos descenderá a análise judicial aos fatos e às provas constantes do processo administrativo de modo a certificar-se: a) da existência ou não da infração, b) de sua gravidade, e c) de seu enquadramento e adequado sancionamento pelo agente público.

a ocorrência da produção de efetiva defesa, a idoneidade das testemunhas - também não se deve descuidar dos seus aspectos "intrínsecos".

Como se percebe, os princípios encartam-se uns nos outros formando uma espécie de *rede* urdida com os inquebrantáveis fios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Uma rede apta a auxiliar o administrador na captura das melhores escolhas, das melhores ações administrativas, portanto, capaz de deixar escoar apenas e tão-só o que merece ao genuíno anseio da sociedade.

2.1.3 – Discricionariedade e controle do processo disciplinar de avaliação de desempenho

2.1.3.1- O Fundamento da discricionariedade

A razão de ser da discricionariedade é a eficiência no administrar. O poder-dever discricionário é um poder instrumental criado e legitimado apenas e tão-só pelo dever da boa administração. É por tal razão que a atividade discricionária, ou, se preferir, a outorga de certa margem de liberdade de agir, desponta nalguns elementos contidos na lei. Entre as situações que a autorizam, ocorrerá discricionariedade:

- a) quando a lei for omissa, por faltar-lhe capacidade regulatória de ordenar situações supervenientes à sua edição;
- b) quando a lei contiver permissão de atuação facultativa;

- c) em face de pluralidade de opções no agir;
- d) quando o comando legal silenciar-se sobre o momento do agir;
- e) mediante previsão da competência e imprevisão da conduta;
- f) quando a lei empregar conceitos indeterminados.

Ademais, a discricionariedade ainda se manifesta nos elementos do ato, tal como no objeto (quando expressa faculdade ou mais de uma opção de agir, v.g, quando determina a imputação de suspensão ou multa ao servidor), no motivo (quando emprega vocábulos plurissignificativos, como “falta grave” ou “procedimento irregular” sem, contudo, definir a consistência dos mesmos) e na finalidade (quando a lei contém conceitos imprecisos como guia do ato sem, contudo, estabelecer critérios de sua aferição).²²⁸

2.1.3.2- Limites à discricionariedade

A doutrina nacional sempre deu tratamento brando ao exercício do poder disciplinar. Rotineiramente, costuma-se adjectivá-lo com expressões ou idéias do tipo “poder de império”, “relações jurídicas especiais de sujeição”, “jurisdicionalização acentuada, porém, com contraditório moderado”, “flexibilização processual com vistas a assegurar o bom funcionamento do serviço público”, etc. Dentre os mais conhecidos tratadores do tema, e para

²²⁸ De qualquer modo, em toda e qualquer atuação, a finalidade expeditória do ato será sempre a concreção do interesse público, mesmo porque a regra é ser a atuação vinculada, haja vista que todo ato volta-se a atender a uma específica finalidade legal cujo desvio ou transbordamento inquina-o de ilegalidade. Porém, tendo em vista que nem sempre a aferição dessa finalidade emerge com clareza, para a sua apreciação deverá concorrer o Poder Judiciário por meio de meticulosa análise da conjuntura da formação e expedição do ato.

não alongar, destaque-se a lição de Cretella Jr que sustenta a “atipicidade da falta disciplinar” porque nela inexistente a necessária precisão na tipificação dos ilícitos disciplinares. Com assento em outras lições, argumenta que “o poder disciplinar é, em tese, discricionário”, não se encontrando vinculado ao pressuposto da antecedência da lei na determinação da falta ou da sanção, de modo a não se aplicar “à instância administrativa o princípio da reserva legal que domina, secularmente, a doutrina e a lei penal”. Cretella Jr. (1999:84).

Em sentido contrário, outros, como Silva (1990:583), inadmitem haver uso de poder discricionário no ato que demite o servidor, *vinculando-se* lhe à estrita observância das normas legais.

Também em expressa divergência, Cruz (1996:377), embora reconheça não ser a tipicidade disciplinar tão exigente quanto a tipicidade penal, sustenta aplicar-se aos processos disciplinares o princípio do *nullum crimen sine lege*.²²⁹

A discussão acerca da discricionariedade no direito disciplinar hoje ainda persiste, sobretudo com vistas a dilucidar a latitude terminológica sobre a qual se erige a responsabilização do servidor, tal como decorre de expressões como “proceder de forma *desidiosa*”, “*exercício irregular* de suas atribuições”, “exercer com *zelo e dedicação* as atribuições do cargo” todas contidas na Lei n.

²²⁹ Na tentativa de delimitar os limites da atuação discricionária nessa esfera da vida administrativa, leciona Cruz que não se sustenta, dentre outros, o genérico argumento de que os ilícitos penais, por serem mais gravosos, precisam subsumir-se à estrita legalidade, ao passo que os administrativos, por não conterem tamanha gravidade, dela prescindiriam. Ilustra seu entendimento mediante o contraste entre o delito da lesão corporal (que permite, inclusive, suspensão condicional da pena) com a sanção demissória. Demonstra que os efeitos ou repercussões da demissão são profundamente mais graves que a sanção criminal aplicável ao mencionado delito criminal. Refuta, assim, a justificação da ampla discricionariedade feita com base nesse argumento.

8.112/90, bem como na dicção “cumprimento das normas de *procedimento e de conduta*”, ou, ainda, no vocábulo “*disciplina*”, essas, por sua vez, contidas no art. 4º do PLC n. 248/98.

Um dos mais ardorosos juristas estrangeiros na restrição à discricionariedade havida em face dos conceitos jurídicos indeterminados é Garcia de Enterría. Assevera que, mesmo sendo indeterminado o conceito, por ele não haverá atuação discricionária haja vista a possibilidade de interpretação contida em suas “zonas de certeza”. Vale dizer, a presença de referidos conceitos muitas vezes conduzirá a interpretações *objetivamente possíveis e sustentáveis* em prol da eleição da solução adequada perante o Direito. Em tais casos, a opção *interpretativa* eleita seria perfeitamente contrastável pelo Poder Judiciário, não comportando, pois, atuação discricionária.

Para ele, funcionam como elementos limitadores da discricionariedade: a) o controle dos fatos determinantes, b) o controle através da distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, c) o controle através dos princípios gerais do direito.

Informa, ademais, que os tribunais espanhóis não hesitam em apreciar as circunstâncias concretas do ato com vistas a examinar a ocorrência dos conceitos jurídicos indeterminados, de sorte que naquele país os examinadores não encontram inconveniente algum em entrar na valoração das circunstâncias

concretas para determinar a produção, ou não, dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei.²³⁰

Quanto ao controle judicial exercido mediante os princípios gerais do direito, afirma:

“A Administração não é um poder soberano (...) A Lei que outorgou à Administração tal potestade de obrar não derogou para ela a totalidade da ordem jurídica, a qual, com seu componente essencial dos princípios gerais, segue vinculando à Administração. (...) Não tem sentido amparar-se a potestade discricionária para justificar uma agressão administrativa à ordem jurídica, quer dizer, aos princípios gerais, que não somente formam parte desta, mas também muito mais, fundamentam-na e estruturam-na, dando-lhe seu sentido próprio por cima do simples agregado de preceitos casuísticos (...) em parte alguma do ordenamento a apelação aos princípios gerais é mais necessária do que no Direito Administrativo. O Direito Administrativo é o campo fértil da legislação contingente e ocasional, das normas parciais e fugazes(...) Numa Administração que invade todas as esferas da vida privada, ‘não a simples técnica de certas formas jurídicas, mas só a vinculação a princípios jurídicos materiais pode assegurar

²³⁰ Acerca da faculdade discricionária que se fundamenta nos conceitos jurídicos indeterminados, prevalece no direito nacional o entendimento de que ela apenas existirá em face da existência de *conceitos de valor* (como moralidade, interesse público, etc) e não diante de *conceitos de experiência* (como o próprio nome indica, aqueles decorrentes da vivência cotidiana, como força maior, bons antecedentes, etc) ou de *conceitos técnicos* (aqueles recolhidos cientificamente e que, em tese, inadmitem controvérsia acerca de sua produção). Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 196-203. Também da mesma autora, *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

hoje na medida necessária a liberdade individual e a justiça social legitimando o Estado como Estado de Direito".²³¹

Sustenta ainda o autor espanhol que ao Estado não se permite exercer poderes discricionários *contra direitos fundamentais da pessoa*, tal como o é, atualmente, o *direito ao trabalho*. De fato, nas atuais circunstâncias, muito mais que um direito social, o direito ao trabalho é um **direito fundamental** ao ser humano.

Como derradeiro elemento justificador da necessária controlabilidade da ação administrativa, assenta ainda Enterría a incompatibilidade existente entre a estrutura e o funcionamento da vida burocrática com o exercício de funções judicantes. Segundo ele, a Administração rege-se sob o domínio da fluidez, organiza-se de modo a responder a desafios urgentes impostos pela cotidianidade, de modo a faltar-lhe vocação para produzir julgamentos serenos, ponderados. Literalmente:

"A Administração está (...) profundamente marcada por sua estrutura burocrática. Aos seus serviços falta uma visão serena e geral das situações sociais pela parcialidade de suas respectivas especialidades técnicas e pela dialética própria das disfunções burocráticas, consubstanciadas à sua própria existência. Basta observar a impressionante saída diária do Diário Oficial do Estado para comprovar o que trato de indicar: a transitoriedade, a imperfeição, a

²³¹ ENTERRIA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª ed. Madri, Civitas, 1983. p.11 *apud* CRUZ, 1996, p. 371.

precariedade das normas administrativas aparece plasticamente, de modo dificilmente superável (...) Daí ser fundamental para a sociedade organizar técnicas eficazes de controle sobre tais poderes normativos da Administração”.²³²

Aduz, enfim, que o controle judicial da ação discricionária não é “uma negação do âmbito próprio dos poderes de mando, nem sequer se dirige a uma redução ou limitação do mesmo, porém, mais simplesmente, trata de impor a suas decisões o respeito aos valores jurídicos substanciais”.

Efetivamente, no Estado *Democrático* de Direito a incontrolabilidade do exercício do poder disciplinar não mais encontra razão de ser. Se no passado aos *súditos* somente se permitia dirigir ao soberano, chefe da Administração estatal, pedidos de *graça*, ou, ainda, se a primordial concepção da divisão de poderes, urdida na França, não permitia que o Judiciário interviesse na apreciação das ações do Executivo, hoje não se pode negar que o caracter *democrático* do Estado não lhe permite furtar-se ao crivo da sociedade que lhe plasma a razão de ser. Então, se por um lado não soa adequado afirmar que “todo o problema do Estado de Direito possa ser conduzido a um problema de justiça administrativa, como já se pretendeu”, por outro, também não se pode negar que “sem total e plena solução deste grande tema da justiça administrativa o Estado de Direito é literalmente nada” (...) haja vista que “o cidadão se defronta com o Poder primariamente enquanto poder administrativo.

²³² ENTERRIA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª ed. Madri, Civitas, 1983. p.11 *apud* CRUZ, 1996, p. 371.

Ele o acompanha, como diziam nossos clássicos do século XIX, do berço à sepultura”.²³³

2.1.3.3 – Discricionariedade e processo disciplinar

No direito pátrio, Medauar (1999:133) também indica a tendência por ampliar a apreciação jurisdicional da atuação discricionária mediante a força que emana, sobretudo, dos princípios jurídicos. A moralidade administrativa, a impessoalidade, a publicidade, a obrigação de motivar, o controle jurisdicional dos motivos e o princípio da proporcionalidade são alguns dos cânones morais por ela citados e consagrados pelo legislador com vistas ao controle administrativo. Para ela, essa tendência, acentuada pelo labor de juristas como Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito, avolumou-se em face da Constituição de 1988 cujo texto revela um “espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público”. Nesse sentido, ora se permite fulcrar ações defensivas do interesse público com base na moralidade administrativa mediante a ação popular, bem como controlar o *motivo* e os *fins* do ato administrativo, passos importantes à parametrização do poder discricionário.

Prossegue a autora:

“A exigência de nexo entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato tornou o motivo um vínculo a mais no exercício do poder discricionário. Como decorrência, veio a possibilidade do controle jurisdicional dos antecedentes de

²³³ ENTERRIA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª ed. Madrid, Civitas, 1983. p.11 *apud* CRUZ, 1996, p. 371.

fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo. (...) Se num primeiro momento não se admitia que o Judiciário pudesse apreciar fatos e provas relativos à atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade de exame de fatos e provas. Na jurisprudência, dois acórdãos tornaram-se memoráveis na questão: o acórdão proferido na Ap.Civ. 7.377(RDA/2, 1945) (...) e o acórdão prolatado na Ap.Cív. 7.037(RDA/3, 1946) no qual se firmou a possibilidade do exame de fatos e provas no processo administrativo disciplinar que antes era limitado à competência e aspectos formais”. Medauar (1999:436).

Especificamente, quanto ao processo administrativo, sustenta que a dosimetria aplicável ao ato infracional deve balizar-se pela proporcionalidade entre a gravidade da infração e a severidade da sanção a qual deve preceder-se, sempre, da devida motivação com vistas a permitir a sindicabilidade judicial quanto à razoabilidade da ação disciplinar. Conclui a professora que a acentuada *processualização* do exercício do poder disciplinar ora trabalha a coibir conhecidas arbitrariedades e subjetivismos nessa seara.

Em idêntica direção, e com a conhecida veemência, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello restringe severamente o exercício da discricionariedade. Aduz que da confrontação entre a lei e a realidade resulta a minoração do espectro discricionário, senão o seu desaparecimento. Argúi que a liberdade, embora existente ao nível da norma, queda ante as peculiaridades do caso concreto.

No âmago de suas lições está o entendimento de que a liberdade existente no plano abstrato da lei erige-se apenas e tão-só com vistas à vinculação da realidade, da atuação, de modo que *quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita outra conduta senão aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal*, por ocasião de sua aplicação. Desse modo, em se pretendendo o legislador otimizar o agir administrativo, e em sendo a norma um comando impositivo, "o administrador encontra-se, então, nas hipóteses de discricionariedade, perante o **dever** jurídico de praticar, não qualquer ato perante os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei". Em consequência, o agente que assim deixa de proceder viola a dever jurídico, atraindo, pois, reprimendas administrativas e judiciais.²³⁴

À luz dessas idéias, releva destacar que é o mesmo princípio da eficiência que orienta tanto o processo disciplinar de desempenho, quanto a eventual investigação judicial da pena demissória aplicável ao servidor ineficiente. E assim é porque o administrador acha-se adstrito a buscar, em toda e qualquer atuação - especialmente na ação disciplinar - a máxima eficiência na opção eleita. Assim, a ação do administrador, marcada com certa liberdade ou discricção ao nível ideal ou formal, perderá tal característica à luz do fato concreto (do desempenho constatado), posto que ao administrador se imporá eger o que melhor atenda ao interesse público em questão – no processo de avaliação, o adequado nível de *eficiência de desempenho*. Nesse raciocínio, se

²³⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 17. Também: *O controle jurisdicional dos atos administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo. V. 152.

não for adotada a solução que se afigure mais razoável (adequadora de meios e fins) na gestão do desempenho funcional, ao servidor surgirá o direito à reapreciação judicial do ato expedido.

Nesse sentido, é conhecida a doutrina de Mello,²³⁵ para quem o dever da boa administração (ou eficiência) impõe

“... correlatamente para o administrado, direito a que a providência administrativa incidente sobre ele esteja ajustada a estes parâmetros”, ou seja, da melhor escolha. “(...) Ora, estando em pauta a subtração de um bem jurídico ou atribuição de um prejuízo, efetuados contra o desígnio legal, tal ilegitimidade, na medida em que afeta pessoalmente alguém, viola direito subjetivo seu. E, se o faz, cabe proteção judicial contra esta violação. Dado que para apurar-se esta violação é indispensável uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo ao parâmetro da *boa administração* e tendo em conta que esta substancia um *dever jurídico*, segue-se que pertence ao campo de atribuições do juiz proceder a esta investigação”.

²³⁵ MELO, *O controle judicial dos atos administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo. V. 152. Cruz (1996:277), sorvendo das lições da doutrina italiana de Elio Fazzalari (Fazzalari, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4ª ed. Pádua, CEDAM), prefere denominar aquela parcela de discricionariedade presente nos atos disciplinares praticados pela Administração não como atos discricionários, mas como *deveres de conteúdo discricionário*. Segundo o autor italiano, em qualquer hipótese de atuação, a Administração (ou os demais poderes estatais) deverá agir sempre em atenção a *deveres*, de modo que todo e qualquer atuar que envolva escolha entre condutas deve sempre render-se à idéia do *dever*, isto é, da obediência a uma vontade que não é a sua própria. Para ele, no campo da discricionariedade o que existe são *deveres*: *dever de conteúdo vinculado* e *dever de conteúdo discricionário*. Na doutrina pátria, Celso A. B. de Melo desenvolve vigorosamente essa perspectiva.

Assim, a conduta administrativa que culmine na demissão do servidor por insuficiência de desempenho deverá, ela também, ser detidamente investigada para verificar se o administrador elegeu, entre as hipóteses legais, e acorde a realidade dos fatos, a opção mais eficiente, mais adequada ou a melhor solução para o caso concreto.²³⁶

Para efetuar o controle do ato administrativo pertinente à verificação da eficiência de desempenho, deverá o servidor, ao impugnar o ato demissório em sede judicial, valer-se de provas que demonstrem a inexatidão ou a hipossuficiência da avaliação feita. Ainda nas palavras do retrocitado autor,

“... o problema do controle da validade dos comportamentos praticados a título de discricão administrativa, converte-se, *em larga medida*, num problema de prova. Fica a cargo de quem impugna o ato demonstrar que a providência tomada não realiza, *in concreto*, a perfeita satisfação do interesse tutelado em abstrato pela regra de direito, de modo que não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo se o critério ou opção do administrador houverem sido logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de

²³⁶ Nesse particular, o controle judicial será importantíssimo haja vista existir um velado desejo de enxugar a máquina pública. Porém, como se verá no capítulo seguinte, a demissão (por ineficiência) ou a exoneração do servidor (por excesso de despesas) antes de serem consumadas precisarão anteceder-se de demais medidas. Por exemplo, a exoneração dos servidores estáveis será antecedida da redução de despesas com cargos em comissão, bem ainda da exoneração dos não-estáveis. Ademais, como medida preliminar à exoneração do estável, terá o servidor direito a ser posto em disponibilidade remunerada. Já como medida posterior ao ato, veda-se a criação de cargos idênticos ou assemelhados aos extintos pelo prazo mínimo de quatro anos. (CR, art. 169, § 3º e ss.).

providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir”.²³⁷

Por sua vez, Velloso (1997:176), contrariando o entendimento literal do art. 5º, III, da Lei n.1.533/51, sustenta que o mandado de segurança deve ser amplamente admitido contra atos disciplinares. Nessa posição é seguido por outros, aos quais recolhe o apoio. Além do coro de Hely Lopes Meirelles, na obra da lavra de Sálvio de Figueiredo Teixeira apanha o seguinte excerto:

“Segundo entendimento tradicional, alicerçado no texto legal ordinário, o Judiciário teria que restringir-se ao exame da legalidade ou não do ato disciplinar. Doutrinadores e julgadores, no entanto, vêem-se inclinando em sentido oposto, ao fundamento de que a restrição da lei ordinária seria incompatível com a missão constitucional do mandado de segurança.”²³⁸

Para Velloso o referido dispositivo mandamental deve ser interpretado de modo a não obstar a efetividade do comando constitucional inserto no art. 5º, XXXV e LXIX. Assenta:

“Destarte, quando o art. 5º, III, da Lei 1.533/51 refere-se à ‘inobservância de formalidade essencial’, deve-se entender

²³⁷ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 632/653.

²³⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Do controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Revista *Sciencia Jurídica*. Lisboa, n. 124-125, p. 5 *apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 177. Também a professora Cármen Lúcia diverge do conteúdo do art. 5º, III, da Lei n. 1.533/51. Porém, em seu entendimento, não se poderia inquiná-lo de vício de inconstitucionalidade, mas tratar-se-ia de disposição não recepcionada no ordenamento (art. 5º, LXIX e LIV da CF), haja vista ter sido a lei do *mandamus* editada antes da Carta vigente. Rocha (1997: 9).

que o citado dispositivo legal está se reportando aos elementos **essenciais** do ato administrativo – competência, forma, objeto, motivo e finalidade – sem exceção, mesmo porque todo ato administrativo deve ser examinado em função de seus elementos. Se qualquer deles contiver vício, o ato é nulo. E ato disciplinar é espécie de ato administrativo”. Velloso (1997:177).

Ainda a respeito do controle judicial dos atos administrativos disciplinares, o entendimento de Cintra²³⁹, evocado por Cruz (1998), revela-se oportuno. Para Cintra, assim como o administrador, ao apreciar o desempenho funcional e contrastá-lo aos padrões de desempenho e às normas desejadas comina, ante a reiterada ineficiência, a penalidade demissória, assim também o juiz deverá, mediante alegação de qualquer espécie de ilegalidade, “refazer o *iter* decisório percorrido pelo administrador”, na medida da impugnação feita, a fim de verificar se há convergência ou divergência, dosimetria ou assimetria entre o apurado e o decidido na via administrativa. Desse modo, a perseguição do percurso avaliativo feito pelo julgador poderá resultar em apreciações e resultados diferentes, hipótese em que deverá prevalecer a apreciação jurisdicional, uma vez que “a lei atribui maior valor às operações realizadas pelo juiz, tanto que a este atribui a última palavra sobre a questão, envolvendo-a com a autoridade da coisa julgada”.

Em suma, controlar o exercício do poder discricionário não significa substituir a discricionariedade do administrador pela do juiz. Antes, significa o reforço do

²³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

cânone constitucional da inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou não. Controle para cuja efetividade em muito auxiliará os parâmetros contidos nos princípios constitucionais acima desenvolvidos.²⁴⁰

2.1.3.4- A discricionariedade técnica

Quando se trata de elaborar juízos acerca de desempenho do servidor, esses deverão assumir natureza eminentemente **técnica**. Isso porque a quase totalidade dos critérios arrolados no art. 4º do projeto de lei n. 248/98 almeja aferir a **eficiência técnica** do servidor. Assim, juízos de *mérito* e *conveniência*, de natureza meramente política, quando existentes, terão lugar de somenos importância, haja vista que a discricionariedade existente no processo de avaliação de desempenho será a **discricionariedade técnica**, ou seja, será aquela que, diversamente da *discricionariedade político-administrativa*, comporta opções de juízo bem mais estritas porquanto iluminadas à luz de regras científicas, específicas e técnicas.²⁴¹

²⁴⁰ A propósito, assenta Juarez de Freitas que “toda discricionariedade somente existirá vinculada aos princípios, havendo, por conseguinte, barreiras sistemáticas e constitucionais à discricionariedade revogatória. Não se cogita de o controlador substituir o administrador. Longe disso. Em termos de técnica administrativa, certa margem de discricionariedade permanece inafastável, sob pena de usurpação de poder. Em realidade, trata-se de sulcar a noção de que toda discricionariedade está, por assim dizer, vinculada”. (Freitas, 1997: 38). E mais: “a controlabilidade teleológica-sistemática, em termos judiciais, dos atos administrativos, pode ser de dois tipos, quais sejam: *frontal*, tratando-se de atos administrativos normativos (embora sempre infra-legais *lato sensu*), em relação aos quais se previne ou reprime ofensa direta ao sistema jurídico, e *obliqua*, quando o controle da sistematicidade, inclusive da conformação teleológica, deve acontecer à luz dos princípios constitucionais e das regras em geral, em função do carácter acentuadamente concreto dos demais atos administrativos.”

²⁴¹ A idéia de discricionariedade técnica é fruto da laboriosa doutrina administrativa italiana, tendo dentre seus expoentes Massimo Severo Giannini, para quem a discricionariedade técnica “tem o mérito de por em evidência a importância da regra técnica na administração pública (sic). In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 169. Também Medauar (1999:126) trata ligeiramente do assunto, alertando, porém, que nem sempre a adoção de

Ora, na Administração Pública ainda prevalece o princípio administrativo da especialização (ou da super especialização) de funções. Desse modo, na apreciação do desempenho funcional, mormente na apreciação do desempenho de atribuições complexamente técnicas e próprias a algumas categorias de servidores, deverá o avaliador pautar-se em escolhas fulcradas em *dados e fatos técnicos* do desempenho. Em tais casos, e conseqüentemente, a adoção dos critérios da discricionariedade técnica extirpará a própria prerrogativa discricional, como ocorre quando a análise técnica aponta apenas uma única escolha possível, tornando, pois, vinculada a atuação.

3- Conclusão

Como alhures dito, negar o controle da ação administrativa equivaleria a retornar no tempo, aos idos do Estado absolutista em que os súditos podiam apresentar pedidos de *graça*, não de *justiça* ao soberano, ou, ainda, aos primeiros tempos da revolução francesa em que se negava, veementemente, a apreciação dos atos de governo pelo poder judiciário. Seria, ainda noutros termos, defender o “Estado de Fato” num momento histórico em que se rejeita qualquer forma de truculência promovida pelo arbítrio.

Mesmo a tese da *sindicabilidade judicial moderada* dos atos administrativos parece hoje encontrar pouco respaldo, haja vista a crescente

critérios técnico-científicos é sinônimo de certeza, de absolutidade, vez que no saber científico ou técnico também existem controvérsias e diversidade de perspectivas.

jurisdicionalização do processo administrativo, e, portanto, o crescente exercício da apreciação judicial da atividade discricionária. Ademais, além do atual anseio por se evitar conhecidas arbitrariedades do administrador no exercício do poder disciplinar, a própria força do princípio da eficiência aí está a submeter todo o agir administrativo ao crivo da *ótima opção*.

Ademais, nesse país continental e numa Administração Pública em que ainda gracejam ranços administrativos e culturais patrimonialistas, é fundamental que se fortaleça o sistema de controle jurisdicional dos atos administrativos, sobretudo daqueles exercidos sob a batuta da discricionariedade. Importa novamente frisar: na específica hipótese da avaliação de desempenho, além da criação de indelévels estigmas, o processo poderá resultar na exclusão do servidor do mundo do trabalho, com seus terríveis conseqüências. Assim, o modo de conduzir o processo de avaliação de desempenho e a escorregadia captura do desempenho funcional se não dotados de máxima transparência e objetividade, poderão significar, como no passado, verdadeira “caça às bruxas” no serviço público. E o pior: agora sofisticadamente travestida de roupagens, ritos e linguagens modernas, sob o “elegante” patrocínio do *Estado Gerencial*.

Enfim, o processo administrativo disciplinar de avaliação de desempenho precisará ser bem conduzido porque processos mal conduzidos revelam-se assaz onerosos ao erário, uma vez que comprometem estruturas, recursos e pessoal. Vale dizer: a eficiência administrativa perpassa a adequada (leia-se eficiente) prática do processo administrativo disciplinar investigador do desempenho.

7- OUTROS MECANISMOS FLEXIBILIZADORES DO VÍNCULO JURÍDICO-FUNCIONAL DO SERVIDOR.

1- A promoção da responsabilidade enquanto dever administrativo

A promoção da responsabilidade do servidor serve à eficiência de desempenho da máquina administrativa. Mediante a não correspondência do servidor aos deveres funcionais surge para a Administração o direito e o dever de responsabilizar-lhe na forma da lei, o que decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público - art. 143 da Lei n. 8.112/90:

"Art. 143 - A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é **obrigada** promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa".(g.n)

O poder hierárquico-disciplinar é, nas palavras de Alfaia (1985: 177), um *poder-dever*: "*poder* porque confere ao seu titular autoridade ou capacidade para dar ordens em forma legal e em objecto de serviço; *dever*, porque, efectivamente, o dirigente não pode exonerar-se das suas funções, da sua competência, devendo exercitar a chefia de que é titular, sempre que as circunstâncias o exigiam". A desobediência ao dever supra-indicado submete o agente hierarquicamente responsável às sanções previstas no art. 320 do Código Penal. Efectivamente, o dirigente "não pode alhear-se da actividade do organismo que comanda"; a ele compete "actuar e assumir as responsabilidades, sob pena de violar os compromissos profissionais que

assumiu ao ser investido no lugar da chefia”. Assim, ao superior hierárquico compete, para prossecução dos interesses que lhe são confiados, um certo número de *poderes funcionais* “cujo exercício não reveste, como pode parecer à primeira vista, o exercício de um direito, mas, sim, o cumprimento de um dever”, conclui o jurista lusitano.

A doutrina nacional, na voz do professor Diogo (2000:96), assevera que “no Direito Administrativo, a *responsabilidade geral de agir segundo o comando da lei* se acresce à *responsabilidade específica de não deixar de agir segundo o comando da lei*, existindo, assim, para cada *poder de agir*, um *dever de agir*”. Reproduzindo o magistério de Hely Lopes Meirelles, acrescenta que “se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público, o poder de agir é uma imposição, é um dever para o agente que o detém. É um poder-dever”.

De igual modo, também a totalidade dos agentes administrativos, e não apenas as lideranças, obrigam-se à “representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder”, bem como a informar ao superior eventuais irregularidades de que conheçam em virtude do cargo ocupado (art., 116, XII e VI da Lei 8.112/90).

Como a seguir brevemente se verá, o servidor poderá ainda sofrer reprimenda de natureza variada – advertência, suspensão, ressarcimento ao erário, etc – prevista noutros diplomas. Poderá, também, sofrer *ruptura* de seu vínculo jurídico com o Estado em razão da gravidade da infração cometida ou, ainda, em função do excesso de despesas praticadas com pessoal.

2- A tríplice responsabilidade funcional e a questão da comunicabilidade das instâncias respositoriais na Lei n. 8.112/90

Dispõe a Lei n. 8.112/90, art. 121, que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício de suas atribuições.”²⁴²

A incomunicabilidade das instâncias respositoriais, tema pacífico na doutrina, decorre da natureza distinta das mesmas: através da *sanção penal* o Estado visa a proteger interesses amplos e valiosos a todo o conjunto social. Por meio da *sanção administrativa* tutela interesses específicos, delimitados e circunscritos ao âmbito da Administração Pública, não se podendo, por elementar, afastar a integração dessa finalidade que, *mediatamente*, vincula-se à primeira. Já através da *sanção civil*, de competência externa à Administração e de natureza indenizatória, busca a reparação do dano causado direta ou indiretamente ao erário pelo servidor.

A responsabilidade criminal do “funcionário” acha-se tipificada nos arts. 312 a 326 do Código Penal e em demais legislação correlata.²⁴³

²⁴² Da autonomia do direito disciplinar decorrem conseqüências como a possibilidade de acumulação de sanções sem ofensa ao princípio *non bis in idem*. Entretanto, na aplicação de qualquer penalidade, sempre deverá o responsável subsumir o ato infracional à moldura legal, porque a ausência do rigorismo na tipificação da infração disciplinar jamais terá caráter de atipicidade a caracterizar arbitrariedade na punição, haja vista a submissão do administrador, dentre outros, ao princípio da razoabilidade, da motivação e da proporcionalidade na dosimetria da sanção. A respeito, vide também texto de Caio Tácito, intitulado “Poder disciplinar e defesa”, RDA 37/347-8.

²⁴³ A responsabilização criminal dos agentes políticos funda-se em legislação específica tal como na Lei n. 1.079/50, “que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento” dos Chefes do Executivo federal e estadual, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador Geral da República e Secretários de Estado; já aos prefeitos e vereadores, a sanção respositorial decorre do Decreto-lei 201/67. Outras leis federais tipificam demais condutas funcionais tais como a Lei n. 8.666/93, art.89 e ss, a Lei n. 4.898/65, art. 3º e 4º, que trata do abuso de autoridade, a Lei n. 8.026/90, instituidora

Embora prevalecente a regra da incomunicabilidade entre instâncias, razão pela qual movem-se em autonomia os respectivos processos, ocorre que a decisão penal projeta importantes reflexos sobre a esfera administrativa, às vezes derogando o princípio da incomunicabilidade. Por isso, impõe tecer algumas considerações sobre as hipóteses de *condenação* ou de *absolvição* do servidor na instância penal.

Havendo condenação do servidor na instância penal, o *decisum* comunicará às instâncias remanescentes em decorrência da aplicação do preceito civilístico contido no art. 935 do Código Civil e art. 386 do Código de Processo Penal.²⁴⁴ Por força desses diplomas, a *comprovação do fato* e a *autenticidade da autoria* afastam definitivamente a reapreciação do caso em demais instâncias, obrigando-as, nesse caso, ao seguimento da definitividade do provimento jurisdicional.

Em situação contrária, se ocorrer a absolvição criminal – e aqui não terá lugar a comunicação - o servidor poderá responder por ilícito administrativo, uma vez que, como alhures referido, a materialidade desse prescinde da *estrita* tipicidade que peculiariza o ilícito penal. Assim, na hipótese da absolvição, duas situações terão lugar: a) o ato que não configura ilicitude no aspecto

da pena de demissão, a bem do serviço público, de funcionário que pratica crime contra a Fazenda pública, e a Lei n. 8.429/92 que trata da improbidade administrativa, entre outras.

²⁴⁴ Dispõe o CCB: “Artigo 935- A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. (g.n) Essa regra fora, inclusive, recepcionada no art. 126 da Lei n. 8.112/90. Importa destacar a latitude conceitual emprestada pelo Código Penal aos agentes públicos administrativos: “Art. 327- Considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, equiparando-lhes, assim, aos agentes que atuam em entidades *paraestatais*.

penal poderá revelar-se ilícito na esfera administrativa, prevalecendo, ao final, a sanção administrativa; b) se, na instância penal, a comprovação demonstrar-se insuficiente para a configuração do ilícito, poderá, entretanto, ser suficiente a caracterizar o ilícito civil-administrativo, haja vista que a apreciação do conjunto probatório nessa, ao contrário daquela, permeia-se de maior flexibilidade.²⁴⁵ Nessa última situação, que, reitera-se, patenteia a incomunicabilidade entre as instâncias, a chamada *falta residual*, embora insuficiente a caracterizar *ilícito penal* ou *crime*, será bastante para caracterizar *ilícito administrativo*, autorizando o exercício do poder disciplinar. Tal entendimento fora, aliás, sumulado pelo STF, de modo que quando a sentença penal absolutória assentar-se em insuficiência ou deficiência das provas, “pela *falta residual*, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”, Súmula 18, STF. Corroborando, a doutrina de Cretella (1999:144), *verbis*:

“Absolvido no juízo penal, não tem o funcionário público o direito subjetivo de pleitear a *reintegração*, porque restou um resíduo, um *minus*, suficiente para caracterizar o ilícito administrativo (...) a falta residual persiste e justifica a decisão administrativa o bastante para a demissão do funcionário público”.

²⁴⁵ A autonomia da sanção disciplinar está posta no art. 171 da Lei n. 8.112/90, que dispõe: uma vez esteja a infração “capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para a instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição”. Em que pese a atecnia do texto, trata-se, na verdade, de remeter ao MP *cópias* dos autos indispensáveis à eventual promoção da ação penal. Dispõe o art. 66 do Código de Processo Penal: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Há ainda a hipótese em que a análise contextual do agir demonstre que tenha o servidor atuado mediante alguma das condições excludentes de ilicitude, previstas no art. 23 do Código Penal e no art. 65 do Código de Processo Penal. Em tais casos, não poderá ser responsabilizado.²⁴⁶

Em resumo: afora os casos em que a sentença penal decida pela absolvição em face de inexistência do fato, negativa de autoria e excludente de ilicitude, nas demais hipóteses (as contempladas nos incisos II, III, IV e VI do art. 386 do Código de Processo Penal) poderá o servidor submeter-se ao processo e à respectiva sanção administrativa.²⁴⁷

Acerca da **responsabilidade civil**, de competência do Judiciário, possui natureza indenizatória e funda-se na regra do art. 186 do Código Civil. Tal modalidade visa à reparação do dano causado diretamente pelo agente ao erário em função de ato omissivo ou comissivo, culposo ou doloso. A responsabilidade civil emerge de duas situações, conforme disposto no art. 122 da Lei n. 8.112/90: a) do dano causado diretamente ao Estado; b) do dano causado a terceiros além, é claro, da ação omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa praticada pelo agente.

²⁴⁶ O Código de Processo Penal, art. 65, assim dispõe: "Faz coisa julgada no civil a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

²⁴⁷ A respeito, o art. 386 do Código Penal Brasileiro: "Art. 386- O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I- estar provada a inexistência do fato; II- não haver prova da existência do fato; III- não constituir o fato infração penal; IV- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V- existir circunstância que exclua o crime ou o isente de pena; VI- não existir prova suficiente para a condenação".

A apuração do dano causado diretamente ao Estado faz-se, em regra, mediante sindicância ou processo administrativo, consumando-se o ressarcimento na via administrativa, sempre mediante previsão legal e por meio de descontos incidentes sobre a remuneração devida ao servidor. Na segunda hipótese, ocorrendo a responsabilização do ente de direito público perante terceiros, em função de danos causados pelo servidor, terá aquele o direito constitucional (art. 37, § 6º) de regresso contra este.

Por sua vez, a **responsabilidade administrativa** decorre do poder disciplinar inerente à Administração e se concretiza pela imposição de *sanções disciplinares* ao servidor em virtude do descumprimento ativo ou omissivo de condutas que lhe são atribuídas para o exercício de suas funções. Essa modalidade, decorrente de falta disciplinar ou de descumprimento de normas administrativas internas, não projeta efeito direto em relação a terceiros, noção que a difere da responsabilidade civil, que decorre de falta funcional que causa dano direto a terceiro e ao Estado.

À luz da regra disposta no art. 143 do Estatuto Federal, reproduzida na quase totalidade dos estatutos regionais e locais, a atribuição da responsabilidade administrativa dá-se "mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa."²⁴⁸

²⁴⁸ Note-se, a respeito, que o ordenamento pátrio veda a imposição de qualquer penalidade com base na *verdade sabida*, devendo-se, ainda que através de meios expeditos, promover-se a audiência do interessado, independentemente da natureza da infração cometida.

Uma vez que incorre em falta disciplinar aquele que descumpre dever funcional, é de se entender infração, e grave, o prejuízo causado ao serviço público pela **ineficiência** do servidor. É nesse sentido que leciona Tito Prates Fonseca, lembrado por Cretella Jr. (1999:73), ao aduzir que "a falta cometida pelo funcionário, por ato ou omissão, pode ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente, sua **eficiência**".

3- A vinculação do poder disciplinar ao comando da boa administração

Antes de concluir essa brevíssima circunspecção acerca da tríplice responsabilidade do servidor, impõe externar discordância com a visão que, a pretexto da inespecificidade normativa das infrações administrativo-disciplinares, pugnam a inaplicação ao processo disciplinar do princípio penal do *nullum crimen sine lege*, atribuindo, assim, vasto espectro de discricção na aplicação da sanção disciplinar.

Para os afiliados dessa tese, previsões como aquela contida no art. 129 da Lei n. 8.112/90, referentes à "inobservância dos deveres funcionais", bem como a vacuidade que caracteriza certos tipos administrativos como "atender com presteza", "ser leal às instituições", manter "conduta compatível com a moralidade administrativa" e agir com "urbanidade" seriam imprecisões propositalmente destinadas a facilitar a liberdade do agente disciplinar na *conveniente e oportuna* escolha da correção a ser aplicada à conduta desviante.

Embora muitas das referidas expressões dêem margem a certa liberdade de apreciação, posto conterem conceitos indeterminados, ainda assim, tais circunstâncias não autorizam a propalada latitude de juízo discricionário como pretende parcela da doutrina. E não autoriza porque, ao impingir ao servidor sanção fulcrada na violação dos deveres, precisará o agente disciplinar observar, com vistas a tipificar a conduta infratora, *no mínimo, três aspectos*: a) subsumir o ato a algum dos vários deveres ou proibições arrolados na lei; b) em face da fluidez de alguns deles, deverá, profunda e adequadamente, motivar o ato, apontando, por meio de fatos e fundamentos, a subsunção fato-norma, vez que a própria lei assevera que “o ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar” - art. 128, § único, da Lei n. 8.112/90; c) e, ainda nesse viés, deverá atender, com a máxima clarividência, aos princípios retores da Administração, mormente os princípios da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade das decisões administrativas, entre outros.

Os partidários da idéia ora questionada esgrimem ainda o argumento de que a liberdade concedida ao administrador tem amparo na possibilidade, aberta pelo art. 129 da Lei n. 8.112/90, da *criação de outros ilícitos administrativos através de “lei, regulamentação ou norma interna”*.

Ora, embora *formalmente* existente tal possibilidade, ao nível *prático*, trata-se de previsão de difícil concretude. Isso porque dificilmente a eventual criação de novos tipos refugiria às variadas figuras já catalogadas no art. 116 - os deveres

funcionais - cuja inobservância caracteriza infração punível, no mínimo, com a sanção de advertência, conforme preconiza o art. 129, *fine*.

Quanto à idéia da inaplicabilidade do *nullum crimen sine lege* à esfera administrativa, tenha-se que projeção do *princípio da reserva legal* ao processo administrativo disciplinar precisa ser elasticada para afastá-la da simplória redução da subsunção da regra ao mundo fático. No contemporâneo Estado Democrático de Direito, retrator ao Estado legalista, aplicar a lei deve ser sinônimo de **aplicar a ordem jurídica**, aí compreendidas todas as possibilidades e limitações que ela encerra. Então, ao administrador, durante o processo disciplinar, se imporá sempre alicerçar a pretensão disciplinar na lei e nos axiomas principiológicos fartamente abrigados no ordenamento. Como alhures se viu, concretizar o Direito é muito mais que realizar a lei. Assim é que o Estado Democrático de Direito, em atenção ao seu apelativo *democrático*, deve aspirar a ser um *Estado Justo*, distribuidor da justa medida, de modo a *dar a cada um o que lhe pertence*. Vale dizer: muito além de ser racional, precisa ser *razoável* na aplicação do Direito: um Estado-Direito a serviço da Justiça, de sorte que, assim como no remoto passado romano o *jus* fora submetido ao *fas*, ora urge submeter a *lex* ao *jus*.²⁴⁹

Então, à Administração Pública, guardiã da legalidade no agir e da moralidade dos fins, se imporá, cogentemente, aplicar o princípio da reserva legal entendido em lata visão. Note-se, enfim, que não se pretende igualar os

²⁴⁹ Por *jus* entenda-se uma ordem jurídica radicada num *ethos* humanitário, dedicada a atender aos anseios do **homem todo** (em todas as suas dimensões existenciais) e de **todos os homens**, indistintamente. Acerca da relação entre discricionariedade e poder disciplinar, vide considerações de item 2.1.3, cap. 6.

distintos campos de aplicação do princípio da reserva legal, mas pretende-se tão-somente alertar para o risco de que a **diferença** quanto à sua aplicação na esfera administrativa não venha travestir-se em **deficiência**, ou seja, em **menor** aplicação de tão importante axioma. Conceber a diferença como deficiência seria atuar em prejuízo do patrimônio jurídico dos servidores ou dos administrados. **Diferença não é deficiência**, retenha-se.

4 – Limite de gastos com pessoal e exoneração por excesso de despesas

A verificação dos procedimentos exoneratórios trazidos no bojo da reforma administrativa contemplam a duas necessidades básicas da *administração por resultados*: a) a necessidade de correção das distorções secularmente praticadas no seio da Administração Federal no recrutamento e remuneração de pessoal e b) a implantação de uma política de responsabilidade fiscal, de modo que o Poder Público administre e consuma adequadamente os recursos de que dispõe nas várias atividades que *ainda* lhe competem.

Na trilha da primeira necessidade, não se pode negar que governantes, legisladores e administradores públicos durante muito tempo maltrataram a saúde do erário ao contratar, com base em *estranhos* critérios e obscuras necessidades, grande volume de agentes. Essa realidade concretizou-se, sobretudo, em face da constante proliferação de leis e de alterações no regime jurídico dos servidores implantadas ao longo da República. Como se viu no capítulo inaugural, a adoção do diploma celetista para regência de pessoal no serviço público, bem ainda a irrefreada contratação de mão-de-obra pelos

entes da Administração indireta em muito contribuíram para o inchamento da máquina administrativa.²⁵⁰ A consequência dessa situação fora meramente matemática: maior volume de pessoal, maiores gastos.

Uma outra distorção, e agora segundo pesquisas apanhadas por Bresser Pereira (1997:26), está no fato de inexistir uma política de remuneração adequada no setor público. Na esfera pública existiriam remunerações elevadíssimas em determinadas categorias (fundadas, porém, em gratificações que não atendem ao efetivo desempenho), ao lado de remunerações relativamente baixas para cargos executivos e de nível superior, se comparadas, ambas, aos valores pagos no setor privado para o exercício de símiles funções. Nela haveria ainda remunerações relativamente elevadas para pessoal de nível operacional, para cujo exercício se requer baixa qualificação (serviços auxiliares da administração), valores também comparados aos pagos no setor privado.²⁵¹

Em síntese, não haveria no serviço público uma lógica coerente para remuneração de pessoal e compatível com a *administração por resultados*. Assim, com supedâneo nos dados coligidos pelo ex-ministro, existiriam altas e

²⁵⁰ GUERZONI, 1995, p. 43-196. Para apreensão dos *fatos e dados* jurídicos e administrativos dessa realidade, oportuna será a visita ao texto desse autor. Outro veemente sintoma do inchaço da Administração Pública Federal pode ser encontrado nos vários dispositivos do Decreto-lei 200/67 (v.g. art. 99) no qual o legislador repetidas vezes se reporta ao “pessoal ocioso” nos quadros e busca, a todo custo, aproveitá-los na estrutura administrativa.

²⁵¹ Embora contenham razoáveis correlações, impõe-se tomar criticamente as *conclusões* trazidas por Bresser Pereira, haja vista a realidade que lhes serve de paradigma. Importa ao menos *relativizar* os adjetivos *alta/baixa* remuneração em face de que a realidade nacional que lhes serve de contraste é realidade na qual, e em geral, se remunera com salários efetivamente *baixos* , ou seja, salários concretamente insuficientes ao atendimento das necessidades fundamentais do trabalhador.

baixas remunerações em prática no serviço público, situação que desautoriza a genérica e corrente visão de que os servidores são indistintamente mal remunerados.

Quanto à segunda necessidade mencionada, ou seja, relativa à *responsabilidade fiscal*, surgiu como resposta à insuficiência e à inadequabilidade dos paradigmas administrativos até então vigentes no seio do Estado os quais pouco se ocuparam da adequada racionalização entre os fins e os meios da ação estatal. Contrariando essa lógica, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei n. 9.801/99 pretenderam, concernentemente à gestão de pessoal, orientar o consumo de recursos, imprimindo eficiência em sua manipulação e eficácia em sua destinação.

4.1- Aspectos da gestão fiscal de recursos humanos nas Leis n. 101/00 e n. 9.801/99.

Feitas as propedêuticas considerações acima, importa aproximar de alguns comandos da Lei n. 101/00 e da Lei n. 9.801/99 destinados a racionalizar, dentro de objetivas regras orçamentárias, o gasto com pessoal no setor público.

Historicamente, o Estado sempre foi um grande empregador. Nalgumas situações chegou a aplicar substancial parcela de sua arrecadação na remuneração de pessoal, prejudicando, assim, sua capacidade de fomento e investimento. No Brasil, a preocupação em delimitar os gastos com pessoal

teve início com a Constituição de 1967 em cujo artigo 64 estabelecia-se que lei complementar viria ser editada para limitar tais gastos. Entretanto, na vigência daquela Carta jamais se editou referida lei. Após décadas, apenas recentemente é que aquela preocupação retornou, ganhando abrigo no art. 169, §§ 3º a 7º da Carta de 1988. Já nessa Carta, o legislador constituinte havia feito inserir, no art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, expressa contenção de despesas com o funcionalismo, limitando-a em 65% do valor das *receitas correntes* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fê-lo, porém, provisoriamente, até que a referida lei complementar prevista no art. 169 viesse ser editada.

Em cumprimento ao exposto, adveio, então, em 1995, a Lei Complementar n. 82, batizada de Lei Camata, que limitou os gastos com pessoal, reduzindo aquele percentual para 60% do total da receita corrente, instituindo, ademais, austeras sanções aos eventuais descumpridores da norma.

Em conduta nitidamente mais severa e evitando-se o colapso do Poder Público nalgumas críticas situações, promulgou-se, em 31 de maio de maio de 1999, a Lei Complementar n. 96. Derradeiramente, em 04 de maio de 2000, fora promulgada a Lei Complementar n. 101, intitulada de Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Em seu capítulo IV, referente à *Despesa Pública*, especificamente na Seção II, refere-se a LRF aos gastos ou Despesas com Pessoal, definindo amplo conceito de despesa com pessoal: o somatório de gastos efetuados com

vencimentos ou salários de servidores ativos - aí compreendidos os servidores investidos em cargo, função ou emprego - ou membros de Poder, e.g., Prefeito e Presidente da Câmara, fazendo incluir no conceito de *vencimentos* as vantagens de qualquer natureza, fixas ou variáveis, os denominados adicionais, as gratificações, as horas extras e as vantagens pessoais.

Pelo texto legal, constituem ainda gastos com pessoal, os proventos de aposentadoria, gastos com pensionistas e com pessoas investidas em mandatos eletivos, bem ainda os valores de contratos de terceirização de mão de obra referentes à substituição de servidores e empregados, além dos subsídios - de prefeitos, secretários e vereadores. Também em tais gastos computam-se os encargos sociais e as contribuições recolhidas às entidades de previdência, própria ou geral, e o pagamento de sentenças judiciais referentes ao período de apuração e dentro do limite de cada órgão, conforme preceitua o art. 20 da lei.²⁵²

A LRF estabelece os limites de despesas com pessoal em percentuais de 50% (União), e 60% (Estados e Municípios), calculados sobre a *receita corrente líquida*, expressão conceituada no art. 2º, IV. Adiante, os arts. 22 e 23 determinam que acaso o somatório de despesas com pessoal exceda a 95% desses limites, o Poder ou órgão ficará sujeito a extenso rol de proibições, devendo corrigir o excesso por meio de várias medidas, dentre elas, aquelas

²⁵² Impõe afinal anotar que, segundo a LRF, todas as despesas geradas em função da diminuição dos quadros de recursos humanos não oneram o limite nela imposto, dispositivo que uma vez mais evidencia a intenção reformadora de promover o enxugamento da máquina administrativa, concebida como volumosa e inoperante.

previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da CR, as quais prevêem gradativos cortes entre as diferentes categorias de servidores, ou seja, comissionados, não estáveis e estáveis.

Quanto aos valores gastos com a contratação de serviços de terceiros - a *terceirização* - pelo fato de abranger *serviços*, e não *mão de obra* - não tem enquadramento nas despesas de pessoal, conforme estipula o art. 18 e § 1º da LRF. Acerca dessa questão, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar os gastos autorizados com pessoal na LRF, procede a oportunas distinções.

Assevera que há tempos a Administração Pública, em sua quase totalidade, lança mão dos contratos de fornecimento de mão-de-obra para o exercício de funções públicas, embora o art 37 da Carta Magna requeira a efetivação de concurso público para preenchimento de cargos e empregos públicos. Segundo a professora, com o advento da Emenda Constitucional n. 19, e as conseqüentes pressões nela contidas quanto a contenção de excessos de gastos com pessoal, verificou-se na Administração o aumento das contratações de mão de obra mediante contratos de fornecimento em face de que tais contratos encartam-se em item do orçamento diverso do de pessoal. Atento a essa prática, o legislador, no art. 18, § 1º, da LRF, incluiu tal modalidade de gastos como sendo despesa de pessoal, inserindo-a na expressão "outras despesas de pessoal", cuja redação poderia, à primeira vista, **consagrar** a burla ao recrutamento lícito na Administração.

Esclarecendo a questão, aponta Di Pietro que a contratação temporária a que se refere o art. 37, IX, da CR jamais poderá ser efetuada mediante empresa intermediária, posto que a própria terminologia técnica do texto inadmita dúvidas ao reportar-se a contratação de *servidor*, e não de *empresa*. E, arremata, criticando a admissibilidade inserta no art. 18 da LRF de que venha Administração contratar mão-de-obra através de terceiros quando se estabeleceu que tais despesas devam ser computadas como "outras despesas de pessoal". Ora, tal dispositivo afronta a comandos constitucionais, bem como contraria entendimento já cristalizado na doutrina e nos tribunais – tal como no enunciado trabalhista de n. 331.²⁵³ Desse modo, a única razão capaz de explicar a redação dada ao texto parece ter sido a tentativa de, a todo custo, imprimir efetivos limites ao abuso nos gastos públicos com pessoal, mesmo sabendo, ou devendo-o saber o legislador, que a modalidade de contratação de mão-de-obra mediante terceirização é conduta defesa no ordenamento - muito embora freqüentemente ignorada na prática administrativa, talvez essa, repita-se, razão bastante para, a despeito da sua ilicitude, ainda assim fazê-la constar expressamente da LRF.

²⁵³ Eis o texto do Enunciado n. 331 do TST:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03/01/74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20/06/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quantos àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".

Atente-se que no contrato de terceirização para *fornecimento de mão de obra*, a única hipótese válida será quando destinada à prestação de serviços temporários, nos exatos termos da Lei n. 6.019/74. Portanto, as contratações feitas fora das hipóteses legais não gerarão vínculo com a Administração, sendo nulas de pleno direito, tal como ocorre quando há contratação direta de mão-de-obra pela Administração Pública.

Segundo então a LRF, as únicas hipóteses em que se permite à Administração terceirizar suas atividades são aquelas reguladas na Lei n. 8666/93, a saber, a contratação mediante contrato de empreitada e a locação de serviços. Na primeira modalidade, o objeto contratado é o *resultado* (a obra, o projeto, o parecer, a auditoria, etc); na segunda, a atividade (o serviço contínuo que atende às necessidades da Administração, tais como vigilância, limpeza, conservação e assistência técnica, etc). Em ambas as modalidades não se presentificam os elementos personalidade e subordinação dos sujeitos individuais em face da Administração, haja vista que na locação de serviços a pessoa contratada é a empresa e, na empreitada, como dito, não se contrata uma pessoa, mas a aquisição de um resultado, de um produto final de modo que os ônus da atividade, de seus atores, é encargo do empreiteiro. Fora desses casos, o contrato será nulo por infringência ao art. 37, II, da Constituição republicana.

Cuidando de especificar a operação dos limites percentuais de gastos com pessoal a serem observados por cada ente da Federação em cada período de apuração, reza o art. 19 da LRF que esse período compreende o mês em referência e os onze imediatamente anteriores, de sorte que o total das despesas com pessoal, feitas as exclusões do § 1º do art.19, não deverá ultrapassar o valor resultante da aplicação da alíquota (de 50 ou 60%, conforme o caso) sobre a *receita corrente líquida*. Tal dispositivo veio efetivar o comando contido no art. 169 da Constituição, de modo que o excesso de gastos com pessoal imporá como medidas corretivas, entre outras: a) a proibição de serem criados cargos, empregos ou funções, b) a impossibilidade

de concessão de qualquer modalidade de majoração de vencimentos (exceto derivada de sentença judicial, de determinação legal ou contratual), c) a vedação de provimento de cargos ou de contratação a qualquer título, d) a extinção de cargos em comissão e funções de confiança ou redução dos valores a esses atribuídos (art. 169, § 3º, I, CR), e e) a exoneração de servidores estáveis, “adotando-se, dentre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição” (arts. 22 e 23 da LRF).

Assim, para obedecer aos limites de gastos preconizados na LRF, os entes federativos deverão promover cortes de pessoal segundo a gradação instituída nos incisos I e II do § 3º do art. 169 da Constituição: redução dos cargos em comissão e as funções de confiança em 20% do total; a seguir, e apenas em face da insuficiência da medida anterior, segue-se a exoneração dos servidores não estáveis.²⁵⁴ Enfim, em não se obtendo os efeitos desejados com os ajustes, se procederá à exoneração dos estáveis, inclusive, e por último, os que desenvolvam atividade exclusiva de Estado, após a exoneração de ao menos 30% dos precedentes - art. 3º da Lei n. 9.801/99 (diploma previsto no § 7º da CR). Nesses casos, dada a natureza não punitiva da ruptura do vínculo, se procederá à indenização dos exonerados cujo montante não se computará para fins do limite de gastos com pessoal contido na LRF.

²⁵⁴Entre os não estáveis estão os servidores em estágio probatório, bem ainda os que, por força do art. 33 da EC n.19/98, tenham sido contratados sem concurso pela Administração direta e indireta até 05 de outubro 1983, portanto, sem o benefício da estabilização contida no art. 19 do ADCT da atual Carta. Porque oportuno, transcreve-se o art. 33 da EC n. 19/98: “Art-33- Consideram-se servidores não estáveis, para fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal, aqueles admitidos na Administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.” Veja-se que o legislador determinou expressa e autenticamente o *status* de tais servidores de forma a não haver quaisquer dúvida a respeito.

Tendo-se reportado à exoneração dos estáveis, impende destacar importante questão: a necessidade de conciliação das medidas de natureza propriamente fiscal, voltadas à contenção de despesas, com as necessidades administrativas dedicadas à manutenção da máquina estatal. Vale dizer: a *gestão fiscal de recursos humanos* não poderá ser feita sem apreço à exegese das variadas disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, especificamente os §§ e incisos do art. 41 e do art. 169 da Constituição, bem como as regras constantes da Lei n. 101/00 e da Lei n. 9.801/99.

Nessa direção, não se deve menosprezar o fato de que o *caput* do art 41 da Constituição instituiu a **estabilidade** como sendo a regra existente na relação jurídica tecida entre servidor e Administração. E que, a seguir, em decorrência desse direito, ali também foram concedidas duas outras correlatas garantias: o direito à *reintegração* judicial ao cargo e a colocação em *disponibilidade proporcionalmente remunerada*.

O mesmo art. 41, no § 3º, prevê como modalidades não sancionatórias (porque de natureza propriamente administrativa) de modificação do vínculo a *extinção ou a declaração de desnecessidade*²⁵⁵ de cargo, medidas a serem adotadas

²⁵⁵ Discorrendo sobre a declaração de desnecessidade de cargos públicos quando ocupados por servidores em estágio probatório, anota Oswaldo Oliveira Araújo Firmo que o ato de declaração será efetuado pelo administrador público sob o prisma da conveniência e oportunidade. Ante a falta de expressa previsão legal da forma de proceder à declaração de desnecessidade, sustenta que a expressão na "forma da lei" - aplicável à hipótese de *extinção* de cargos - deverá ser analogicamente aplicável à situação da *declaração de desnecessidade* de cargos. Para ele, há que se entender "*lei*" como sendo a observância do *princípio da legalidade* e, ainda, o seguimento da específica forma para edição do ato, a saber, por *decreto*, lei ou portaria, conquanto se trate dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, respectivamente. Em síntese, aduz que para a extinção do cargo se requererá expedição de lei tanto no sentido material quanto formal; já para declaração de desnecessidade, bastaria editar-lhe no sentido material haja vista que cada ente é que "definirá os critérios, consoante sua conveniência e oportunidade" sob pena de permitir-se a poder estranho à Administração determinar a conveniência e a oportunidade da declaração de seus cargos.

diante da manifesta desnecessidade da manutenção de certos *lugares*, portanto, de natureza eminentemente administrativa, e não primariamente fiscal.

Regulando também o *status* funcional do servidor, porém agora com vistas ao equilíbrio fiscal, o art. 169, § 4º da Constituição, ao tratar da perda do cargo em face de excesso de despesas, assenta que acaso as outras medidas adotadas (§ 3º, I e II, art. 169 CR) não sejam suficientes ao equilíbrio de gastos preconizados na LRF, “o servidor estável poderá perder o cargo, desde que **ato normativo motivado** de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução” vedando-se -

Em suporte de suas idéias, junta entendimento jurisprudencial que afirma ser o ato de declaração de natureza discricionária e que impescinde de lei para sua edição (RTJ 92.651; TJSP Ap Cível. 222.506-1, Rel. Des. Alexandre Germano, j. 22.02.1995; TR 722/347 (MS 21.236-5, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 20.04.1995. DJU de 28.04.1995) (sic). No mesmo texto, arrola, entretanto, balizadas opiniões contrárias para as quais o ato de declaração requereria, necessariamente, *edição de lei (em sentido formal e material)* quando efetuado pelo Executivo. Neste trabalho se filia à essa segunda tese haja vista que se a *necessidade* do cargo impele a que seja criado *por meio de lei*, também a sua *desnecessidade* deverá, em obediência ao princípio da homogeneidade das formas, também *por lei* ser declarada. Mais ainda: em atenção ao princípio da publicidade, da motivação e do controle democrático da Administração, o responsável por declarar a desnecessidade de cargos deverá demonstrar, nas razões do projeto de lei, ou em ato administrativo próprio e anterior, os fatos e as circunstâncias administrativas autorizadoras da declaração da desnecessidade, ou seja, o cumprimento das demais medidas de redução previstas no art. 169, § 3º, I e II da CR. Ora, se por um lado não faz sentido manter cargos - e ocupantes - que não se prestam mais (por motivos orçamentários, prioridades administrativas, ou outros) ao atendimento do interesse público, por outro, há que se evitar que tal mecanismo venha ser utilizado como vil recurso de inadequada redução de custos (redução em setores cruciais à sociedade) ou de perseguições políticas. Portanto, ainda que o ato venha ser expedido na forma de decreto, será indispensável que o agente competente expeça, na motivação do ato e com a devida suficiência, os *critérios* que suportam a sua expedição com vistas a atender ao comando da publicidade e, correlatamente, ao controle do móvel do ato administrativo em sede judicial. Vide a respeito, FIRMO, Oswaldo Oliveira Araújo. *Da declaração de desnecessidade de cargos e o servidor instável na análise judicial*. In: Cadernos de direito constitucional e ciência política. n. 29, São Paulo: RT, 1998, p. 132-165. Sobre o tema, o autor ainda aponta outras opiniões: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, 2.ed. São Paulo: RT, 1991. p. 128-30; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159-60; SUNDFELD, Carlos Ari Sunfeld. *Da declaração de desnecessidade de cargos públicos*, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, v.6, 1994. Apenas sinalizando as idéias de tais doutrinadores, entende Diógenes Gasparini, citado por Firmo (1999:141), que ante a ausência de previsão no texto constitucional sobre a competência e a forma do ato de declaração de desnecessidade, que ele será veiculado por *decreto*, por *portaria* e por *ato de mesa*, quando editados, respectivamente, pelo Executivo, Judiciário ou Legislativo. Já para Mello (1999:216), permiti-la sob a forma de decreto contrariaria o princípio do paralelismo das formas, haja vista que instituído por lei, apenas por lei deverá ser o cargo declarado desnecessário ou extinto.

agora nos termos do § 6º da CR - que seja criado "cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos".

Registre-se que o breve texto da Lei n. 9.801/99 instituiu normas, critérios e procedimentos para a exoneração do servidor com base na previsão do § 4º e seguintes do art. 169 da Constituição. O art. 2º desse diploma, ao reproduzir o comando do art. 169, § 4º do Texto Magno, dispôs que o *ato normativo* (e não lei) deverá ser *motivado*. Entre os critérios exoneratórios previstos no § 2º elenca três: menor tempo de serviço, maior remuneração e menor idade, critérios que poderão conjugar-se com o critério complementar do menor número de dependentes.

Ora, não se pode esquecer que uma vez extinto o cargo ao administrador veda-se criar "cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos" (art. 169, § 6º, da CR reproduzido no art. 4º da Lei n. 9.801/99). Desse modo, prudente deverá ser o administrador na adoção de medidas de redução de pessoal, haja vista que a indevida utilização do mecanismo poderá acarretar problemas ao funcionamento regular da Administração Pública e, conseqüentemente, severos danos aos cidadãos por ela assistidos.

Nessa direção, atenta a evitar impasses entre os princípios financeiro-fiscais e os princípios administrativos, a doutrina²⁵⁶ tem inclinado a sustentar que ao

²⁵⁶ FERRAZ, Luciano de Araújo. *A Emenda Constitucional n. 19/98 e o direito do servidor público estável à disponibilidade remunerada*. Boletim de Direito Administrativo, Março/99, p. 161-165. Já quanto aos servidores não estáveis não prevalecerá igual sorte, podendo ser *exonerados* com vistas a

servidor estável existe o direito a manter incólume o vínculo jurídico funcional, quer em face da extinção ou declaração de desnecessidade, quer também em função da redução de lugares por excesso de despesas. Então, terá o servidor direito a fruir da *disponibilidade remunerada* (o que significa redução de despesas) antes que se proceda à medida exoneratória prevista na Lei 9.801/99. Tal entendimento resulta da interpretação sistemática das regras e princípios que atualmente compõem a *gestão fiscal de recursos humanos*. Dito noutros termos, nasce da composição dos princípios da responsabilidade fiscal com os princípios da estabilidade e da continuidade na prestação dos serviços públicos.

Efetivamente, quando o administrador promove redução de cargos a pretexto de excesso de despesas, não o faz a título da desnecessidade dos mesmos, mas fá-lo em atenção ao ditame financista posto na lei. Desse modo, poderá suceder que aquele cargo extinto por força de anseios financeiros seja, logo a seguir, extremamente necessário ao bom andamento da Administração. Porém, assim ocorrendo, se verá impossibilitado o gestor de recriá-lo, bem como a outro (cargo) com atribuições iguais ou assemelhadas pelo período de quatro anos.

adequar a realidade administrativa às possibilidades econômicas do Poder Público. Também nessa direção novamente FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. *Da declaração de desnecessidade de cargos e o servidor instável na análise judicial*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 29, 1999, p 133-165. Vide também MELLO, 1999, P. 201. Reitere-se que as regras que envolvem o tema não dispuseram quanto à forma de comprovação do cumprimento das medidas previstas no art. 169, § 3º, I e II da Constituição de modo que ao ato deverá acompanhar-se, vale reiterar, da devida, clara e inequívoca comprovação da redução de despesas com o corte em 20% de cargos em comissão e funções de confiança, bem ainda com a exoneração dos não estáveis. Acaso tais medidas não sejam devidamente comprovadas ou motivadas, poderá o ato ser atacado judicialmente a pretexto de vício de motivação e, sobretudo, por vício de finalidade, haja vista que a teleologia dos dispositivos aponta para a proteção, até quando possível, do exercício das atividades alojadas em cargos públicos cujos ocupantes gozem da estabilidade.

Veja-se, então, que a extinção de cargo mediante edição de atos normativos poderá tumultuar a rotina administrativa, afetando a prestação de importantes serviços à comunidade. Por tal razão, à autoridade administrativa deverá realizar os mecanismos antecedentes tendo em vista afetar minimamente a rotina administrativa com a medida extintora de cargos. Nesse particular, importante será o controle da ação administrativa por ocasião da expedição do ato normativo. Ao administrador se imporá, antes de efetuar a exoneração, **comprovar**, por meio idôneo, a adoção das demais medidas de redução de despesas constitucionalmente previstas, sob pena de invalidade judicial do ato exoneratório.²⁵⁷

Destaque-se, como sobredito, que a análise dos dispositivos que envolvem o procedimento exoneratório dos servidores deverá ser feita em cotejo com demais regras e princípios jurídicos tal como o da continuidade da prestação dos serviços públicos da razoabilidade administrativa. Nesse sentido, a adoção do mecanismo da exoneração por excesso de despesas deverá sempre considerar a *sobrevivência* e a *importância* que o ordenamento ainda atribui ao instituto da estabilidade, de sorte que a colocação de servidores estáveis em disponibilidade remunerada deverá ser medida antecessora da exoneração dos

²⁵⁷ Lei n. 9.801/99. "Art 2º - A exoneração a que alude o artigo 1º será precedida de ato normativo motivado dos Chefes de cada um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - O ato normativo deverá especificar:

- I - a economia de recursos e o número correspondente de servidores a serem exonerados;
- II - a atividade funcional e o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal;
- III - o critério geral e impessoal escolhido para a identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado;
- V - o prazo de pagamento da indenização devida pela perda do cargo;
- VI - os créditos orçamentários para o pagamento das indenizações;"

mesmos. Desse modo, poderá o servidor exigir a prática dessa medida como ação preliminar ao ato exoneratório cujo fundamento de pedir residirá no direito à manutenção do vínculo jurídico da estabilidade.²⁵⁸

Efetivamente, não se pode ignorar que o constituinte derivado não extinguiu o instituto da estabilidade, e sequer o da disponibilidade, tendo tão-somente alterado-o ou, se preferir, *flexibilizado-o*, de sorte a mantê-lo vívido no ordenamento ao lado dos mecanismos legais de contenção de despesas previstos no § 4º do art. 169 da CR. Então, somente após constatar que a colocação em disponibilidade de razoável número de servidores não atende aos limites legais de despesas com pessoal e, como não haveria mínima razão em extinguir, de plano, cargos necessários (o que seria também ineficiente, porque não econômico), é que deverá a Administração exonerar os servidores estáveis.

Em síntese, a colocação dos servidores em disponibilidade remunerada é medida a ser adotada dentro de limites **financeiramente necessários e juridicamente razoáveis**, no que se demonstrará a sua legitimidade. Então, ao servidor estável garante-se o direito à manutenção do vínculo jurídico quer em face da hipótese de extinção do cargo, quer em razão da nova modalidade exoneratória motivada por excesso de despesas.

Como critérios genéricos e impessoais para a exoneração, indica o § 2º que deverão ser escolhidos, dentre os servidores, aqueles que tiverem menor tempo de serviço público, maior remuneração e menor idade, nessa ordem.

²⁵⁸ A propósito, vide lições de FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. Malheiros: São Paulo, p. 196-199.

Enfim, em conclusão ao até aqui exposto, não há como negar que alguns efeitos das novas institucionalidades reformadoras já se revelam sensíveis na vida nacional. Como realidades concretas do espírito reformista, cita-se, por exemplo, o "revigoroamento" da gestão racionalizada e planejada do Estado cuja necessidade fora imposta pelas genéricas regras constitucionais e operacionalizada pelas normas especificadoras e pragmáticas contidas, por exemplo, na LRF. Ademais, é inequívoco que a LRF, entre outros diplomas, proveu instrumentos específicos à prática do planejamento, responsabilizando, ademais, os agentes pelo desgoverno, pela gestão empírica e aleatória (art. 1º, § 1º da LRF). E mais: se inchada está a máquina administrativa (o excesso não parece ser de pessoal, mas de despesas com os mesmos) e se ineficiente ainda são muitas prestações estatais, não será com a adoção de respostas fáceis e saídas simplificadoras – como aquela que critica o importante instituto da estabilidade – que se alterará o complexo cenário da Administração estatal. Ao contrário, será preciso trocar ilusórias "saídas" por alternativas reais, efetivas e duradouras. Nesse sentido, como eventuais e impostergáveis soluções, urge promover, além de ações fiscais corretivas e atuações legislativas destinadas a coibir - e punir - condutas político-administrativas empreguistas não condizentes com os interesses e necessidades públicas, a implantação de uma *nova cultura administrativa* voltada a erradicar a concepção e as mazelas burocráticas e patrimonialistas ainda arraigadas no seio do Estado nacional.

5- Demissibilidade por ineficiência e direito adquirido

Para não alongar o escrito, cumpre tecer brevíssimas considerações acerca da questão do direito adquirido em face das mudanças constitucionais.

Sem importar ao grandiloquente debate travado na doutrina e que versa sobre direito adquirido e natureza do poder reformador, sobre retroatividade e irretroatividade da lei, importa apenas e tão-só sublinhar duas idéias: a primeira, que o móvel da vida estatal é a salvaguarda do *interesse público* plasmado no dinâmico labor da vida social e agasalhado pelo ordenamento; a segunda, e em decorrência dessa primeira, que a **alterabilidade do regime ou vínculo jurídico** existente entre o Estado e seus agentes resulta do extremado valor atribuído aos *interesses* protegidos pelo Estado, donde a supremacia estatal em face dos interesses particularistas, aí os dos agentes públicos. Quando projetada à relação Administração-agentes, essa antiga noção da supremacia da Administração tem por conseqüência dois significativos aspectos: a) a criação, imposição e alteração unilateral do regime jurídico da relação funcional – hipótese do regime estatutário; b) a prática de atos executórios em matéria de pessoal, ou seja, o exercício de atos de autoridade com eficácia de sentenças judiciais, como se verifica em matéria disciplinar. E, no caso específico deste trabalho, dita o *interesse público* que a epifania do Estado perante a sociedade deve ser o mais eficiente possível. Agindo com eficiência, se estará a democratizar, via universalização, a presença e a qualidade da face estatal onde quer que se manifeste.

Em face do exposto, acha-se pacificado no ordenamento, e decantado pelos tribunais, a unilateral alterabilidade do vínculo legal que une o servidor ao Estado. Portanto, razões de ordem social, política e jurídicas suportam a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, de sorte que as "mudanças" ora concernentes ao irrefutável **dever da avaliação da eficiência** e seus consectários doravante se imporão, sem exceção, a todo o conjunto dos servidores, conforme o corrobora entendimento haurido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. VENCIMENTOS. AGREGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO: INOCORRÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 43/92. SÚMULA 339.

1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, havendo precedentes específicos na 1ª Turma e no Plenário contrários ao acórdão recorrido, que ainda deixou de observar os princípios constitucionais levados em consideração na Súmula 339.

2. R.E. conhecido e provido, para o indeferimento do mandado de segurança."(RE n. 230156/SC, Rel. Min.Sydney Sanches, DJ 23/04/99, p. 00023).

"FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTATUTÁRIO – ENQUADRAMENTO EM NOVO PLANO DE CARREIRA – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.”(RE n. 116683/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/03/92, p. 02927).

Em desfecho, as lições do professor Paulo Modesto, para quem inexistente direito adquirido à manutenção do regime da função pública. Para ele, no regime legal da função pública, ao contrário do que ocorria na concepção patrimonial da função, as alterações normativas têm aplicação imediata e alcançam de forma geral e impessoal os servidores em atividade, “ficando ressalvados os atos, direitos e fatos consumados no tempo (...). Esse limite decorre do princípio da irretroatividade das leis, não do princípio do direito adquirido – garantias distintas e inconfundíveis.” Uma vez que a disciplina jurídica do cargo decorre da lei e da Constituição – e não por contrato individual personalíssimo – o regime jurídico “não é intangível no tempo, mas conjunto de normas mutável, impessoal, objetivo, definido e alterado unilateralmente pelo Estado.”

CONCLUSÕES

"Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.

E afora este mudar-se cada dia,
Outra mudança faz de mor espanto:
Que não se muda já como soía".

Luiz de Camões

Não seria razoável deixar de destacar, em sede de conclusão, que a abordagem do tema *avaliação de desempenho* requer muito mais do que o aqui exposto. A compreensão da **motivação humana** (exaurida das lições da Psicologia), o estudo das **teorias administrativas** (concebidas pela Teoria da Administração) e dos postulados da **Sociologia das profissões** são tarefas indispensáveis à efetiva e duradoura implantação da avaliação de desempenho no serviço público. Além desse amplo esforço **teórico**, seria igualmente importante analisar a futura **prática** do instituto – e a jurisprudência a se firmar a respeito - com vistas a apontar-lhe os acertos e fracassos, o que ainda se espera fazer a partir da implementação do instituto da avaliação no serviço público. Enfim, será da conjunção da teoria à prática, da **práxis**, que se tornará possível organizar uma proposição mais adequada aos objetivos da eficiência do desempenho de pessoal na Administração Pública. Trata-se, porém, de pretensão ou projeto para o futuro, ora importando concluir o estudo até aqui feito.

Concernentemente às *mudanças legislativas* de relevo, muitas leis foram editadas e outras tantas se acham pendentes. Entre as leis editadas, algumas ainda carecem de regulamentação, de sorte que os efeitos da *reforma administrativa* nesse imenso país-continente até agora não se fizeram muito palpáveis. Alguns importantes dispositivos por ela trazidos - tal como a questão do teto de vencimentos, a criação dos "conselhos sociais" de controle da prestação de serviços públicos e o próprio instituto da avaliação de desempenho - há muito carecem de aprovação ou regulamentação, como que resistindo por ganharem vida. Apesar dessa constatação, e sob uma *perspectiva mais genérica*, seria irrazoável negar alguns sensíveis efeitos das novas institucionalidades reformadoras. Dentre eles, tenha-se a efetiva quebra - não se podendo dizer extermínio - das viciadas estruturas burocráticas e patrimonialistas secularmente enraizadas na Administração Pública nacional. Ilustra-o, para não estender, os comandos jurídico-administrativos contidos na Lei n. 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal, bem ainda o *resgate* da idéia de se avaliar o desempenho dos servidores públicos. Tais práticas, ainda que incipientes, indicam que, mesmo que daqui a alguns anos a *administração por resultados* venha configurar-se como sendo mais um fracassado modismo, ainda assim alguma fecundidade terá produzido. Quanto, porém, ao *nível de eficácia* dessas novas institucionalidades no atingimento da tão desejada eficiência administrativa, trata-se de indagação cuja resposta somente o tempo e a atenta observação poderão responder.

Quanto aos *métodos e técnicas de gestão* administrativa, é fato que cada vez mais a Administração Pública vem adotando acentuado ecletismo gerencial.

Nas últimas décadas absorveu princípios (como o da eficiência), técnicas e procedimentos de gestão típicos do setor privado, recolhendo-os, sobretudo, da Administração e da Economia.

No que pertine à *gestão de pessoal* – variável importantíssima no “culto à eficiência” – destaque-se a radical importância do instituto da avaliação de desempenho aqui estudado. E como reiteradamente se viu, a implantação desse mecanismo demandará o seguimento de bem arquitetada estratégia, pena de não ultrapassar o umbral da (boa) intenção legislativa. Para evitarem o fiasco, os implantadores do processo disciplinar de avaliação de desempenho precisarão estar atentos aos *passos* e aos *instrumentos* a serem adotados, sob pena de se tornarem inócuos todos os esforços empreendidos: deverão verificar a *necessidade* e a *suficiência* dos instrumentos eleitos, bem como a *potência* e a *eficácia* dos mesmos no que concerne à concretização da proposta de avaliar o desempenho. Ademais, outro fator de relevo ao êxito da empreitada da avaliação residirá no nível de comprometimento das altas lideranças do serviço público quer no processo de implantação, quer de afirmação do “novel” instituto. O empenho dos mesmos será fundamental para tornar a avaliação de desempenho uma realidade, e não mais uma farsa a ser representada pela burocracia.

Mais ainda: será fundamental que os responsáveis pela implantação da avaliação de desempenho considerem o *ambiente organizacional* em que a avaliação se radicará, de modo a poder-se afirmar que o êxito do instituto decorrerá da adequada *leitura* e alteração daqueles aspectos dificultadores de

sua implantação, o que implica, necessariamente, na análise dos elementos **sócio-culturais** que habitam a organização pública e as pressões que sobre o seu processar exercem. Assim, em que pese o esforço reformador modernizante, longo caminho ainda há a ser percorrido na consumação dos ambiciosos ideais da reforma da Administração. E, como ao longo do trabalho se destacou, em se pretendendo o sucesso de vários institutos reformistas, será preciso privilegiar, paralelamente à reforma técnico-administrativa, a adoção de uma sólida **reforma cultural** no seio da Administração Pública. Isso porque, ainda agora, apesar da evolução dos meios de controle da ação governamental, nela remanescem representações culturais de caráter autoritário e patrimonialista, de modo que muitos ainda são os abusos praticados por administradores e governantes nas *várias administrações públicas* existentes neste país-continente, sobretudo naqueles rincões em que o progresso educacional e econômico-material não se apressa em chegar.

Dito noutros termos: urge conceber uma ampla *reforma de mentalidades* na administração estatal haja vista que não basta mudar a Constituição ou as leis para ter-se alterada a realidade - é preciso abandonar o mito da normocracia, a crença na plenipotência da lei. Ora, a lei nada altera, nada muda se ausente o concurso da voluntariedade humana. Assim, a eficiência do desempenho funcional não decorrerá do dispositivo constitucional, tampouco do diploma complementar estudado. Ela surgirá, acima de tudo, de **decisões**, de **ações** políticas e administrativas **reais**.

Ainda a esse importante aspecto, reitera-se que o entrave cultural à implantação da avaliação de desempenho poderia ter sido minimizado houvesse a reforma estatal sido precedida de amplo debate em fóruns públicos. Diverso do que tem sucedido com a reforma da Previdência, encampada e conduzida com maior inteligência pelo atual governo, a reforma da Administração não se deu ao debate público com os diversos segmentos organizados da sociedade. Universidades, sindicatos, associações e entidades coletivas em geral não foram convidadas a debater o sentido, o conteúdo e a necessidade da reforma administrativa, essencialmente concebida em um nicho tecnocrático. Sua publicidade restringiu-se a esparsas publicações academicistas, de acesso restrito a estudiosos ou a afeiçoados ao assunto. Assim, e de um modo geral, os mecanismos reformadores surgiram *ex abrupto*, porque não se deram ao debate, à crítica, ao apego ou desapego por parte da sociedade e dos agentes públicos, primordiais destinatários das mudanças.

Em efeito, não bastasse a *ignorância* do conteúdo da reforma - e sua filha predileta, o *preconceito* - a dificultar efetividade das mudanças, o governo também ignorou, em acréscimo, a continentalidade do país, o que, por si só, mesmo se se houvesse procedido a amplo e prévio debate, já constituiria sério desafio à vitalidade reformadora. Então, fruto da ignorância, o receio do novo ou do des-conhecido acabou por produzir na esfera da Administração, e no país inteiro, certo acumamento, pré-conceituoso, é verdade, em face das inovações *im-postas* pelo governo.

Por fim, será também fator de êxito à implantação do instituto da avaliação de desempenho a apreciação de toda a infra-estrutura técnico-administrativa e econômica que compõe a organização pública que, por sua vez, influi ou determina o desempenho de seus agentes. Vale dizer: a avaliação de desempenho deverá compor todo o cenário da Administração e não apenas a variável humana, por certo a mais importante entre todas.

Voltando-se agora a *conclusões de cunho político-social*, é notório que a reforma do Estado vem contribuindo para promover maior participação social na gestão da instituição pública. Cresce na sociedade o debate acerca da condução do Estado e da importância dos valores éticos na edificação de uma ordem nacional e mundial mais justa, livre, equilibrada e inclusiva. Ou, como dissera Jean Rivero, a sociedade tem buscado escolher não apenas *quem* os governa, mas *como* e *para que* direção os governa. É por tal razão que, talvez como jamais visto, ora cresce a indagação social sobre **os fins** que o Estado, através da Administração Pública, deve buscar e sobre **quais** macro-interesses deve perseguir. Noutros termos, ora indaga-se sobre a **consistência** de sua eficiência e de sua eficácia. Nessa direção, tendo em vista que toda atividade administrativa destina-se a racionalizar o dispêndio de recursos, sejam eles materiais ou intelectuais, a sociedade começa a perguntar **com vistas a que** o faz a Administração Pública. Com vistas a democratizar o acesso aos bens coletivos? A atender aos imperativos da *lex mercatoria*? A curvar-se ante os profundos anseios da humanidade por obtenção de dignidade pessoal e social, como principiologicamente inserido no umbral da *lex legum*?

Ora cremos, todos, que a transmutação do Estado de Direito para o Estado *Democrático* de Direito precisa ser muito do que mera alteração lexical. Para tanto, será preciso conciliar, com sabedoria, direitos individuais com direitos coletivos, interesses coletivos com interesses estatais, ações estatais negativas com ações afirmativas ou inclusivas. Como nunca, é preciso tornar realidade a *opção ética* que suporta a atual *organização estética* da Carta Magna e que nela fez inserir, em primeiro plano, a atenção aos direitos e garantias individuais em precedência à organização da própria instituição estatal. Opção ética, crê-se, que coloca o *homem como medida de todas as coisas*, de todas as ações estatais.

Enfim, posto que estamos todos a vivenciar, *hic et nunc*, o efetivo curso das transformações estatais, resta-nos nelas intervir. Não nos é possível projetar a um futuro longínquo – etéreo e inatingível – as intervenções que ora o tempo propõe. Não nos é permitido expectar o devir histórico. Haveremos de nele *participar*, conscientemente. *Participação* que é sinônimo de *tomar parte de*, de *tomar partido*, dado que a neutralidade é onticamente impossível. E tomar partido por acolher mudanças, *novas formas*, enfim, *reformas*, desde que conversíveis em ganhos democráticos, em *partilha do poder*, em *partilha “do pão e da poesia”*, como o dissera o frade dominicano Frei Betto. Nisso estará a legitimação da reforma do Estado.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Maria José; ANDER-EGG, Ezequiel. *Avaliação de serviços e programas sociais*. Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth (trad.). Petrópolis, Rio de Janeiro:Vozes, 1994.

ALFAIA, João. *Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. vol 1.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Positivismo jurídico*. Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, 2000.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Tendências no estudo sobre avaliação. Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. 2. ed. São Paulo: Cortez. Instituto de Estudos Especiais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição brasileira*. v.1. 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONIN-KERDON, Armelle et al. *Histoire: héritages européens*. Paris: Hachette, 1985 *apud* DUARTE, Gleuso Damasceno. Jornada para o nosso tempo. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1997.

BRASIL. Decreto-lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

BRASIL. Projeto de Lei n. 248/98, de 30 de outubro de 1998. Disciplina a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, 30 de outubro de 1998. p. 24483-24485.

_____ Acesso em <http://www.camara.gov.br/internet/integras/R-98.htm> 07/11/2002.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. Lei n. 9.801, de 14 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para perda do cargo público por excesso de despesa e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRESSER PEREIRA, L.C; SPINK, P.K. Da administração pública burocrática à gerencial. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Fundação Getúlio Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro, 1998.

_____ *A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Cadernos MARE da Reforma do Estado; v. 11.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC: controle da qualidade total (no estilo japonês)*, Belo Horizonte, Fundação Christiano Ottoni, Escola de Engenharia da UFMG, Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Almedina, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O funcionário público e o seu regime jurídico*. Comentário ao Estatuto dos Funcionários Públicos. Tomo I e II, Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1958.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHIAVENATTO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração: abordagens prescritivas e normativas da administração*. 4. ed. São Paulo: McGraw-Hill, Makron Books, 1993.

_____ *Administração de recursos humanos: fundamentos básicos*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CRETELLA, JÚNIOR. J. *Prática do processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra, Almedina, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

DAVEL, Eduardo; VASCONCELLOS, João (Org.) *"Recursos" humanos e subjetividade*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

DE FORGES, Jean-Michel. *Droit de la fonction publique*. Paris Presses Universitaires de France, 1986, WADE, H.W.R *Diritto amministrativo inglese e Administrative Law*, 1974, apud CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Ives Gandra da Silva Martins e Carlos V. do Nascimento.(org.). 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.

DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1992. v. 2.

DRUCKER, Peter. *As novas realidades: no governo, na economia e nas empresas, na sociedade e na visão de mundo*. São Paulo: Pioneira, 1989.

_____ *O fator humano e desempenho*. São Paulo: Pioneira, 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ETZIONI, Amitai. *Organizações modernas*. Tradução de Mirian L. M. Leite. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1984.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERLIE, Ewan *et al.* *A nova administração pública em ação*. Tradução de Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar*. In: *Revista de Direito Público*, jan./mar. 1972. p. 63.

FIRMO, Oswaldo Oliveira Araújo. *Da declaração de desnecessidade de cargos e o servidor instável na análise judicial*. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. n. 29, São Paulo: RT, 1998.

FLEURY, Maria Teresa Leme; FISHER, Rosa Maria. *Cultura e poder nas organizações*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FRANÇA, Júnia Lessa. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. Colaboração: Ana Cristina de Vasconcellos, Maria Helena de Andrade Magalhães, Stella Maris Borges. 5.ed. rev. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Ática, 1976.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

GOLEMAN, D. *A inteligência emocional*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. *Contencioso administrativo - II*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. V.19.

_____. *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*. In: O processo em sua unidade – II. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

GUERZONI FILHO, Gilberto. *Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectivas de formação de uma burocracia pública no Brasil*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 128, out/dez.1995

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

IANNI, Octávio. *Estado e planejamento*. In: FENELON, Dea Ribeiro. 50 textos de história do Brasil. , São Paulo, Editora Hucitec, 1986, p. 178-179.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis – o pensamento de Marx no século XXI*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1954.

LUCENA, Maria Diva da Salette. *Avaliação de desempenho*. São Paulo: Atlas, 1992.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Max Limonad, 1960. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, forense, 1980.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969. v.1

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. 1957.

_____. *Direito administrativo e ciência da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9.ed. Atualizada com a EC nº 31/00 – São Paulo: Atlas, 2001

_____. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Reforma Administrativa: emenda constitucional n. 19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. (Série fundamentos jurídicos).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo. RT, 1986.

PERRENOUD, Philippe. *Ensinar: agir na urgência, decidir na incerteza*. Tradução de Cláudia Schilling. Porto Alegre: Artmed Editora. 2001.

PONDÉ, Laffayette. *Controle dos atos da Administração Pública*. In: Revista de Informação legislativa, n. 139, jul./set..1998, p. 131-136.

RICO, Elizabeth Melo (org.) *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. 2. ed. São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____.ROCHA, Cármen L. Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 136, out/dez. 1997.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 583

_____.Aplicabilidade das normas constitucionais. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

STONER, James Arthur; FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Tradução de Alves Calado. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. In: Boletim de Direito Administrativo, fev/99, p. 82-86.

TAYLOR, F.W. *Princípios de administração científica*. Editora Atlas, São Paulo: 1960.

TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo*. Coimbra, Almedina, 1992. p. 21

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERGARA, Sylvia Constant. *Gestão de pessoas*. São Paulo: Atlas, 1999.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad, Esbozo de Sociologia Compreensiva*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Projeto de lei complementar n. 248-D, de 1998¹

(Mensagem nº 1.308/98)

Disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I**DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art 1º- Esta Lei Complementar disciplina a perda de cargo público com fundamento no inciso III do § 1º do art. 41 e no art. 247 da Constituição Federal.

Art 2º- As disposições desta Lei Complementar aplicam-se aos servidores públicos estáveis da Administração Pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.

Art 3º - As normas gerais sobre processo administrativo são aplicáveis subsidiariamente aos preceitos desta Lei Complementar, observado o respectivo âmbito de validade.

CAPÍTULO II**DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DE SERVIDOR PÚBLICO****Seção I
Dos Critérios de Avaliação**

Art 4º O servidor público submeter-se-á a avaliação anual de desempenho, obedecidos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, do contraditório e da ampla defesa.

§ 1º - O órgão ou a entidade dará conhecimento prévio a seus servidores dos critérios, das normas e dos padrões a serem utilizados para a avaliação de desempenho de que trata esta Lei Complementar.

§ 2º- A avaliação anual de desempenho terá como finalidade a verificação dos seguintes critérios de avaliação:

I - cumprimento das normas de procedimento e de conduta no desempenho das atribuições do cargo;

II – produtividade no trabalho, com base em padrões previamente estabelecidos de qualidade e de economicidade;

III – assiduidade;

¹ <http://www.camara.gov.br/internet/integras/RF248-98.htm07/11/2002>.

IV – pontualidade;

V – disciplina.

§ 3º - Os critérios de avaliação a que se refere o parágrafo anterior serão aplicados e ponderados em conformidade com as características das funções exercidas e com as competências do órgão ou da entidade a que estejam vinculadas, sendo considerado insuficiente, para fins desta Lei Complementar, o desempenho apurado em avaliação que comprove o desatendimento, de forma habitual, de qualquer dos requisitos previstos naquele dispositivo.

Seção II

Do Procedimento de Avaliação

Art. 5º- A avaliação anual de desempenho será realizada por comissão de avaliação composta por quatro servidores estáveis, pelo menos três deles estáveis, com três anos ou mais de exercício no órgão ou entidade a que esteja vinculados, e todos de nível hierárquico não inferior ao do servidor a ser avaliado, sendo um o seu chefe imediato e outro um servidor estável cuja indicação será efetuada ou respaldada, nos termos de regulamento e no prazo máximo de quinze dias, por manifestação expressa do servidor avaliado.

§ 1º - A avaliação será homologada pela autoridade imediatamente superior, dela dando-se ciência ao interessado.

§ 2º- O resultado da avaliação anual será motivado exclusivamente com base na aferição dos critérios previstos nesta Lei Complementar, sendo obrigatória a indicação dos fatos, das circunstâncias e dos demais elementos de convicção no termo final de avaliação, inclusive, quando for o caso, o relatório relativo ao colhimento de provas testemunhais e documentais.

§ 3º- É assegurado ao servidor o direito de acompanhar todos os atos de instrução do procedimento que tenha por objeto a avaliação de seu desempenho.

§ 4º- O servidor será notificado do resultado de sua avaliação, podendo requerer reconsideração, com efeito suspensivo, para a autoridade que o homologou, no prazo máximo de quinze dias, decidindo-se o pedido em igual prazo.

§ 5º- O membro indicado ou respaldado pelo servidor terá direito à voz e não a voto nas reuniões deliberativas da comissão a que se refere o *caput*.

Art. 6º - Contra a decisão relativa ao pedido de reconsideração caberão remessa de ofício e recurso hierárquico, sempre com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, na hipótese de confirmação do desempenho atribuído ao servidor.

Art. 7º - O resultado e os instrumentos de avaliação, a indicação dos elementos de convicção e de prova dos fatos narrados na avaliação, os recursos interpostos, bem como as metodologias e os critérios utilizados na avaliação serão arquivados em pasta ou base de dados individual, permitida a consulta pelo servidor a qualquer tempo.

Seção III

Do Treinamento Técnico do Servidor com Desempenho Insuficiente

Art. 8º- O termo de avaliação anual indicará as medidas de correção necessárias, em especial as destinadas a promover a capacitação ou treinamento do servidor avaliado.

Art. 9º - O termo de avaliação anual obrigatoriamente relatará as deficiências identificadas no desempenho do servidor, considerados os critérios de avaliação previstos nesta Lei Complementar

Art. 10 - As necessidades de capacitação ou treinamento do servidor cujo desempenho tenha sido considerado insuficiente serão priorizadas no planejamento do órgão ou da entidade.

CAPÍTULO III

DA PERDA DE CARGO POR INSUFICIÊNCIA DE DESEMPENHO

Seção I

Do Processo de Desligamento

Art. 11- Será demitido, depois de concluído processo administrativo especificamente voltado para essa finalidade, em que lhe serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, o servidor estável que receber:

- I - dois conceitos sucessivos de desempenho insuficiente; ou
- II - três conceitos interpolados de desempenho insuficiente, computados os últimos cinco anos.

Art. 12 – Será proferida em sessenta dias, a contar da interposição ou do encaminhamento, prevalecendo a data mais tardia, a decisão relativa à remessa e ao recurso interpostos contra o resultado de avaliação que configurar o disposto no artigo anterior.

Art. 13 - É indelegável a decisão dos recursos administrativos previstos nesta Lei Complementar

Seção II

Da Publicação da Decisão Final

Art. 14- O ato de desligamento será publicado, de forma resumida, no órgão oficial, com menção apenas do cargo, do número da matrícula e lotação do servidor.

CAPÍTULO IV

DA DEMISSÃO DO SERVIDOR EM ATIVIDADE EXCLUSIVA DE ESTADO

Art. 15 – Desenvolvem atividades exclusivas de Estado, no âmbito do Poder Executivo da União, os servidores integrantes das carreiras, ocupantes dos cargos efetivos ou alocados às atividades de Advogado da União, Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, Defensor Público da União, Juiz do Tribunal Marítimo, Procurador, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador da Procuradoria Especial da Marinha, Analista e Inspetor da Comissão de Valores Imobiliários, Analista Técnico da Superintendência de Seguros Privados, Auditor-Fiscal de Contribuições Previdenciárias, Auditor Fiscal e Técnico da Receita Federal, Especialista do Banco Central do Brasil, Fiscal de Defesa Agropecuária, Fiscal Federal de Tributos, fiscalização e cumprimento da legislação ambiental, Fiscalização do Trabalho, Analista e Técnico de Finanças e Controle, Analista e Técnico de Orçamento, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Técnicos de Planejamento, código P- 1501, Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e demais cargos técnicos de provimento efetivo de nível superior ou intermediário integrantes dos quadros de pessoal dessa fundação destinados à elaboração de planos e orçamentos públicos, Policial Federal, Policial Ferroviário Federal, Policial Rodoviário

Federal, Diplomata, Policial Civil federal e Agente Fiscal federal integrantes do quadro em extinção dos ex-Territórios Federais, assegurando-se a preservação dessa condição inclusive em caso de transformação, reclassificação, transposição, reestruturação, redistribuição, remoção e alteração de nomenclatura que afetem os respectivos cargos ou carreiras sem modificar a essência das atribuições desenvolvidas.

§ 1º - No Poder Judiciário federal, no Tribunal de Contas da União e no Ministério Público da União, desenvolvem atividades exclusivas de Estado os servidores cujos cargos recebam essa qualificação em leis de iniciativa desses órgãos e, no caso da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em resolução.

§ 2º - Sem prejuízo do exercício de suas atribuições constitucionais específicas, decorrentes de sua autonomia, desenvolvem atividades exclusivas de Estado, no âmbito do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os servidores integrantes de carreiras cujos cargos desenvolvam funções equivalentes ou similares às contempladas no *caput* e no parágrafo anterior.

Art. 16- A perda do cargo a que se refere o artigo anterior, em decorrência do disposto nesta Lei Complementar, somente ocorrerá mediante processo administrativo, na forma do art. 11, assegurado recurso hierárquico especial, com efeito suspensivo, para a autoridade máxima do órgão ou entidade a que estiver vinculado, que o decidirá no prazo de trinta dias, observado o princípio do contraditório e a ampla defesa

CAPITULO V

DA CONTAGEM DOS PRAZOS

Art. 17 - os prazos previstos nesta Lei Complementar começam a correr a partir da data da notificação pessoal ou da publicação oficial, excluindo-se da contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia que não houver expediente ou se este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos previstos nesta Lei Complementar contam-se em dias corridos.

Art. 18 - Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos previstos nesta Lei Complementar não serão prorrogados.

Art. 19- Esta Lei Complementar entra em vigor no prazo de noventa dias, contado a partir de sua publicação.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 1999.