

LUIZ FELIPE ROSA DOS SANTOS

**AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO:
Entre o princípio da eficiência e as garantias do servidor-cidadão**

BELO HORIZONTE
Universidade Federal de Minas Gerais

2004

LUIZ FELIPE ROSA DOS SANTOS

**AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO:
Entre o princípio da eficiência e as garantias do servidor-cidadão**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Mestre em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo.

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA



168350402

NÃO DANIFIQUE ESTA ETIQUETA

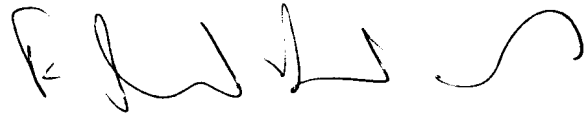
BELO HORIZONTE

Universidade Federal de Minas Gerais

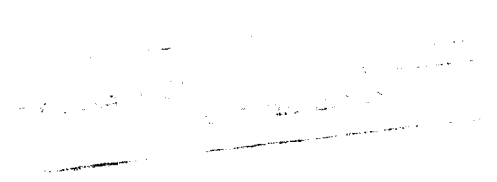
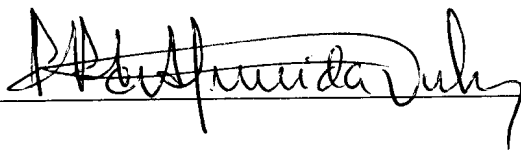
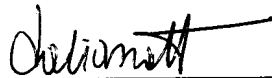
2004

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA

Dissertação intitulada *Avaliação de Desempenho do Servidor Público*: entre o princípio da eficiência e as garantias do servidor-cidadão, de autoria do mestrando Luiz Felipe Rosa dos Santos, analisada pela banca examinadora constituída pelos professores: *Aprovado com média final igual a 10,0 (dez)*



Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo (Orientador)



*Agradeço a palavra,
paciente e carinhosa,
de papai, mamãe, Ricardo e Maria Inês – minha família;
inteligente e firme,
da Élide e Vânia;
companheira .
da Aninha;
sagaz,
da Maria Tereza;
de apoio.
do pessoal da SEPLAG;
brilhante,
do professor Florivaldo;
generosa,
de Deus;
que não foi dita, mas foi por mim sentida,
de todos que me querem.
Agradeço a existência da palavra
escrita e falada,
e o que podemos construir com ela.*

RESUMO

Esta dissertação versa sobre campo de estudos ainda pouco explorado pela Ciência do Direito – a avaliação de desempenho do servidor público e sua necessária implicação com o princípio da eficiência e as garantias do servidor na condição de cidadão. Analisa-se esse instituto, tradicional objeto de estudo da Ciência da Administração, sob óptica eminentemente jurídica, necessária a partir da constitucionalização dessa figura pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Questionamentos a respeito da capacidade inovadora desse instrumento, de suas espécies e finalidades constitucionais, bem como de sua natureza processual – tópicos a serem abordados à luz do Estado Democrático de Direito – ainda carecem de resposta na doutrina jurídica. Da mesma forma, a crítica exacerbada em relação ao subjetivismo na operacionalização da avaliação de desempenho apresenta-se como obstáculo a ser superado para sua fiel consolidação no ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento em raciocínio teórico-dedutivo, conclui-se que, embora a avaliação de desempenho nutra íntima relação com a eficiência num viés economicista, sua inclusão, no corpo do texto constitucional, impõe seja ela compreendida, também, sob perspectiva democrática. A Administração Pública não pode operacionalizar a avaliação de desempenho apenas com base na sua prerrogativa de persecução dos interesses estatais, considerando o servidor público como mero objeto ou instrumento a ser avaliado. O servidor é, também, sujeito de direitos perante a mesma Administração Pública de que faz parte. Finalmente, a atividade administrativa julgadora deve superar o dogma do objetivismo, reconhecendo a inafastável presença do subjetivismo nessa seara, o que, de forma alguma, pode inviabilizar a consolidação desse instrumento de gestão.

ABSTRACT

This dissertation deals about field of study still under-explored by Law Science – the public server performance evaluation and its necessary implication with the principle of efficiency and the rights of the server as a citizen. This institute, traditionally studied by the Administration Science, is analyzed under predominantly legal point of view, mandatory since the constitutionalization of such figure by the 19th Constitutional Amendment, in June, 4th, 1998. Questions about that instrument innovative capacity, about its constitutional species and goals, as well as about its procedural nature – topics to be analyzed under the perspective of the Democratic Law State – still need answering among law scientists. In addition to it, the severe criticism concerning the subjectivism on the implementation of the performance evaluation stands as an obstacle to be overcome so as to allow its faithful consolidation in the Brazilian law system.

Based on theoretic-deductive reasoning, it is possible to conclude, despite the intimate relation of the performance evaluation with the efficiency under an economist bias, its inclusion in the constitutional body demands its understanding also under a democratic perspective. The Public Administration cannot implement the performance evaluation based only on its necessity to chase public interests, focusing the server as a mere object or instrument to be evaluated. The server is also subject of rights in relation to the Public Administration, which he or she integrates. Finally, the judging administrative activity must overcome the dogma of objectivism, realizing the necessary presence of subjectivism in such issue, reason why that cannot be a motive to void the implementation of such management instrument at all.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA	1
PARTE 1 – SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA ABORDAGEM JURÍDICA DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO	11
CAPÍTULO 1 – ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DISTINÇÕES ESSENCIAIS	12
1.1 Da noção de Estado	12
1.1.1 <i>Do Estado como objeto de estudo científico</i>	13
1.1.2 <i>Da abordagem sociológica do Estado</i>	15
1.1.3 <i>Da abordagem política do Estado</i>	17
1.1.4 <i>Da abordagem jurídica do Estado</i>	19
1.1.5 <i>Do Estado como realidade multicomplexa</i>	22
1.2 Da noção de Governo	23
1.2.1 <i>Governo em sentido objetivo</i>	23
1.2.2 <i>Governo em sentido subjetivo</i>	27
1.3 Da noção de Administração Pública	29
1.3.1 <i>Concepções intuitivas de administração</i>	29
1.3.2 <i>Concepções jurídicas de Administração Pública</i>	30
1.4 Conceção a ser adotada de Administração Pública – implicações com as questões da democracia e da eficiência	33
CAPÍTULO 2 – DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38
2.1 Da apropriação de valores pela Ciência do Direito	38
2.2 Do advento da Administração Científica – taylorismo e fayolismo – e o surgimento da noção de eficiência	40

2.3	Da teoria <i>weberiana</i> dos tipos puros de dominação legítima e sua influência na teoria da Administração Pública	44
2.4	Em busca da Administração Pública eficiente pelo Estado brasileiro	49
2.4.1	<i>O Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP – 1938</i>	51
2.4.2	<i>O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967</i>	53
2.4.3	<i>O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 e a “Administração Pública gerencial”</i>	57
2.5	Da relevância da constitucionalização da eficiência como princípio do ordenamento jurídico brasileiro	67
2.6	Do conteúdo jurídico do princípio da eficiência	74
2.6.1	<i>Da possibilidade de se atribuir conteúdo jurídico à eficiência</i>	74
2.6.2	<i>Da eficiência no Direito italiano</i>	77
2.6.3	<i>Da eficiência no Direito espanhol</i>	78
2.6.4	<i>Da eficiência no Direito português</i>	80
2.6.5	<i>Do conteúdo da eficiência no Direito brasileiro</i>	86

PARTE 2 – CONTORNOS JURÍDICOS DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

90

CAPÍTULO 1 – DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO SEGUNDO ABORDAGEM DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO		91
1.1	Noções preliminares de <i>avaliação</i> e de <i>desempenho</i>	92
1.2	Visão histórica da avaliação de desempenho a partir das <i>Escolas de Administração</i>	94
1.3	Importância da avaliação de desempenho – noção de sistema de recursos humanos	99
1.4	Objetivos e finalidades da avaliação de desempenho	102
1.5	Metodologias de avaliação de desempenho e seus pontos fortes e fracos	106
1.6	Principais questionamentos acerca da transposição da avaliação de desempenho do setor privado para o setor público	116

CAPÍTULO 2 – DO ESCOPO CONSTITUCIONAL DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO.....	120
2.1 Das “espécies” constitucionais de avaliação de desempenho do servidor público	122
2.2 Da avaliação periódica de desempenho para fins de perda de cargo público	124
2.3 Da avaliação periódica de desempenho para fins de promoção e progressão na carreira	131
2.4 Da avaliação especial de desempenho do servidor público	137

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS PROCESSUALÍSTICOS DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO	147
3.1 Dos aspectos unificadores do processo e do procedimento	148
3.2 Do contraditório como aspecto distintivo entre processo e procedimento – a tese de Elio Fazzalari	156
3.3 Concepção a se adotar de processo e procedimento	159
3.4 Avaliação de desempenho do servidor público – processo ou procedimento administrativo?	162
3.5 Avaliação de desempenho do servidor público e sua relação com o contraditório	163
3.6 Avaliação de desempenho e a aplicabilidade da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999	165

CAPÍTULO 4 – DO SUBJETIVISMO NA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO	171
4.1 Da relação do subjetivismo com a Ciência do Direito	172
4.2 Do subjetivismo e sua relação com o atual debate doutrinário sobre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	173
4.3 Do subjetivismo na avaliação de desempenho do servidor público	180

CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
-----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195
---	------------

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Esta dissertação tem como objeto de estudo o tema da *avaliação de desempenho do servidor público*, instrumento gerencial introduzido na Constituição da República de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Abordar-se-á, em certa medida, suposta tensão existente entre a busca da eficiência por parte da Administração Pública e a necessidade de instrumentalização, em especial sob perspectiva participativa, do Estado Democrático de Direito, objetivo primordial do Estado brasileiro, conforme art. 1º da Lei Maior.

Esta pesquisa propõe-se, então, a discorrer a respeito das formas, dos limites, dos fundamentos e dos princípios pelos quais a Administração Pública brasileira deve se orientar para implementação da avaliação de desempenho, técnica essa originária da administração privada para a seara do setor público. A preocupação consiste em que referido instrumento seja compatibilizado com os pressupostos de uma Administração Pública eficiente e atenta à concretização do Estado Democrático de Direito.

Vale lembrar que não é recente o instituto da avaliação de desempenho humano. Surge ainda na Idade Média, mas somente se desenvolve com vigor no contexto das relações trabalhistas privadas e com o advento das escolas de pensamento da emergente Ciência da Administração, a partir do século XIX. Posteriormente, penetra também, ainda que de forma claudicante, na seara da Administração Pública, para avaliar a eficiência das atividades daqueles diretamente responsáveis pela implementação das diretrizes e ações do Estado, isto é, os agentes públicos.

No recente contexto administrativo brasileiro, a avaliação de desempenho do servidor público insere-se num escopo maior de busca da modernização da máquina do

Estado. A denominada “Administração Pública gerencial”, segundo a linguagem do Plano de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, pelo então ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, viria assim substituir com vantagens a “Administração Pública burocrática”, a qual, *grosso modo*, por privilegiar o controle sobre *procedimentos* em detrimento do controle sobre *resultados*, não teria mais condições de bem executar os objetivos perseguidos pelo Estado. Os servidores públicos estariam, em sua maioria, desmotivados, muito em função de sua prerrogativas de estabilidade no cargo, que se constituiria em verdadeiro incentivo à acomodação e pouca dedicação à função pública. Somar-se-ia a essa realidade a inexistência de expedientes que pudessem mensurar sua eficiência funcional.

Sob essa nova lógica de modernização administrativa, algumas reformas, tanto em nível constitucional, como em nível infraconstitucional, têm sido operacionalizadas, sendo as mais importantes aquelas advindas da já referida Emenda Constitucional nº 19/1998. Cumpre asseverar que muitas dessas reformas têm tido sua capacidade inovadora no ordenamento jurídico nacional e, principalmente, sua compatibilidade com os fundamentos originários da Carta Magna de 1988 questionadas por boa parte da doutrina jurídica.

Entre as principais medidas introduzidas pela mencionada Emenda Constitucional, pode ser citada a elevação do princípio da eficiência a *status* constitucional. Essa nova redação do *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, em princípio singela, implicou e tem implicado diversas modificações no regime jurídico da Administração Pública, dentre as quais pode ser destacada a expressa inclusão da avaliação de desempenho no cotidiano do serviço público.

A respeito desse instituto, a nova redação da Constituição da República, pós Emenda Constitucional nº 19/1998, a ele outorgou duas finalidades primordiais.

Em primeiro lugar, de acordo com o art. 41, §1º, III, da Carta Magna, a avaliação de desempenho passou a se constituir em mais uma hipótese de perda pelo servidor estável de seu cargo de provimento efetivo (junto com as hipóteses já conhecidas de sentença judicial transitada em julgado e do procedimento administrativo em que se tenha garantido o contraditório e a ampla defesa, além de outra hipótese com ela instituída, a de excesso de despesas, a que alude o art. 169, §4º da Constituição da República).¹ Trata-se da chamada avaliação *periódica* de desempenho.

Em segundo lugar, o servidor público em estágio probatório deverá ser aprovado em avaliação de desempenho para adquirir a estabilidade no cargo efetivo que ele passou a ocupar em virtude de concurso público, conforme prevê o art. 41, §4º da Constituição da República de 1988.² Nesse caso, cuida-se da chamada avaliação *especial* de desempenho.

Todavia, passados quase seis anos desde a publicação da Emenda Constitucional nº 19/1998, percebe-se que a avaliação de desempenho do servidor público apresenta-se como campo de estudo ainda pouco explorado pelos juristas, com questões que ainda carecem reflexões mais aprofundadas e soluções mais fundamentadas.

¹ 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 em que lhe seja assegurada a ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa.

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

[...]

§4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, 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 de pessoal.

² Art. 41. [...]

[...]

§4º. Como condição para a aquisição de estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Democrático de Direito; e a identificação dos principais entraves que podem surgir para a implementação *in concreto* desse instituto no âmbito da Administração Pública nacional, propondo soluções para superá-los.

O *marco teórico* desta pesquisa, entendido como a fundamentação teórica a permear este trabalho, relaciona-se com a percepção do servidor público tanto na condição de responsável pelo implemento da “vontade” da Administração Pública, isto é, *instrumento* da ação estatal, como também, e principalmente, na condição de *cidadão*, sujeito de direitos e deveres, perante a mesma Administração Pública de que faz parte.

Sabe-se que a Administração Pública, por mais que responda incansavelmente pela busca do interesse público, deve ter sua atuação, bem como a de seus agentes, inserida no contexto do *Estado Democrático de Direito*, princípio *conformador* constitucional consagrado pela Carta Magna de 1988 no *caput* de seu art.1º. Na esteira desse princípio maior, outros princípios constitucionais *expressos*, como o da *dignidade da pessoa humana*, o da *cidadania*, o do *devido processo legal*, que se exterioriza, em parte, por meio do princípio do *contraditório*, e até mesmo princípios *implícitos*, como o da *razoabilidade*, devem conformar a Administração Pública.

Nesse sentido, o instituto da avaliação de desempenho deverá ser examinado tanto como promotor de eficiência do serviço público, na medida em que combate o desestímulo e a acomodação do responsável pelo exercício da função pública, quanto como instrumento consagrador dos ditames constitucionais do Estado Democrático.

Em relação à *metodologia* desta pesquisa, assevere-se que, como a maioria das pesquisas modernas, que não se adaptam a metodologias estanques que limitam arbitrariamente e artificialmente o campo do conhecimento, esta pressupõe cooperação *teórico-doutrinária tópica e fragmentada*.

Percebe-se que esta pesquisa apresenta nítido caráter *interdisciplinar*, ou seja, que coordena conteúdos pertencentes a disciplinas diferenciadas. Assim, “... partes das disciplinas permanecem coordenadas programaticamente, havendo uma união real de conteúdo, uma articulação que permite desvendar o objeto da pesquisa em todas suas características plurais”³

A análise minuciosa da *metodologia* empregada nesta dissertação se divide em esclarecimentos a respeito dos *setores de conhecimento*, *vertente teórico-metodológica*, *raciocínio*, *tipo genérico de pesquisa*, *tipo específico de pesquisa* e *natureza dos dados coletados*.⁴

Quanto aos *setores de conhecimento* envolvidos nesta investigação, vale destacar que o primeiro principal ramo do conhecimento utilizado consistiu na *Ciência Jurídica*, primordialmente a disciplina do *Direito Administrativo*, dada a íntima relação desse ramo do conhecimento com o da avaliação de desempenho, que nada mais é que *instituto administrativo* sob a nova perspectiva do atual contexto de reforma administrativa brasileira e de modificações do regime jurídico constitucional do servidor público. Não convém esquecer que a proposta desta pesquisa consiste em estudar o instituto da avaliação de desempenho sob enfoque essencialmente jurídico, ainda pouco contemplado pelos juristas brasileiros.

O outro ramo do conhecimento que mais repercutiu no desenvolvimento desta pesquisa foi a *Ciência da Administração*, especialmente disciplinas como *Teoria Geral da Administração* e *Administração de Recursos Humanos*, as quais forneceram importantes subsídios para ajudar a compreensão do instituto objeto de estudo. Vale a pena lembrar que

³ GUSTIN; DIAS, 2002, p. 90.

⁴ Tal terminologia pode ser encontrada em GUSTIN; DIAS. 2002.

a avaliação de desempenho surgiu no contexto das relações privadas de trabalho, sendo amplamente estudada nessa seara. Portanto, não se pôde prescindir do recurso a esse ramo de conhecimento para fiel estruturação teórica desse instrumento.

A respeito da *vertente teórico-metodológica* adotada, foi utilizada a vertente *jurídico-teórico*, visto não ter sido possível a viabilização de técnicas capazes de aferir a efetividade *prática* desse instrumento e de seu modo de influenciar a atuação cotidiana dos membros de uma organização pública e a prestação de serviços públicos.

Quanto ao *raciocínio* empregado, utilizou-se basicamente o *teorético-dedutivo*, na medida em que se partiu de expectativas e conhecimento já existentes na percepção e no sistema de referência do pesquisador, de modo a derivar a problematização de questão jurídica relevante. Após análise cuidadosa e aprofundamento teórico-conceitual sobre o tema, foram propostos contornos jurídicos de avaliação de desempenho, que tentaram conciliar seu caráter *ancilar*, de instrumento de concretização de uma Administração Pública *eficiente*, com o contexto de um Estado Democrático de Direito. Não se tratou de *raciocínio-hipotético*, na medida em que, conforme já assinalado, não foi possível empreender-se ao teste das conclusões obtidas pela experimentação prática ou por outros procedimentos metodológicos.

Em relação ao *tipo de pesquisa* empreendida, o tipo *jurídico-compreensivo* ou *jurídico interpretativo* apresentou-se como o apropriado para esta investigação científica. Sem dúvida, foi dedicada boa parte da pesquisa ao exame analítico do instituto da avaliação de desempenho, em face dos variados ramos do conhecimento implicados no estudo desse objeto, após o que foi deduzida proposta de implementação de modelo que melhor correspondesse aos objetivos da pesquisa. A tentativa feita pelo pesquisador consistiu em construir esquemas conceituais específicos, utilizando-se de processos

argumentativos e discursivos para validar os esquemas propostos, tendo como procedimento primordial a *análise* e o *aprofundamento teórico-conceitual do conteúdo* em exame.

Finalmente, no que se refere à *natureza dos dados coletados*, percebe-se que esta pesquisa se utilizou primordialmente de *fontes secundárias*, em detrimento de *fontes primárias*.

A análise de livros, textos, artigos, periódicos, projetos de lei e leis interpretadas (fontes secundárias) que contemplam, ainda que reflexamente, o tema em exame, representou, com toda certeza, a principal fonte de dados a ser utilizada no desenvolvimento desta pesquisa.

No entanto, dado que o pesquisador se inseriu no cotidiano da Administração Pública (na condição de servidor público efetivo), não se desprezou a obtenção de dados (fontes primárias) por meio de entrevistas e observação direta, de natureza *informal*, os quais, em alguma medida, influenciaram as conclusões desta pesquisa.

Vale mencionar, ainda nessa fase de esclarecimentos metodológicos, o *principal entrave* enfrentado ao longo desta pesquisa. Consistiu ele na *ausência de bibliografia jurídica específica* sobre o tema em exame. Embora a bibliografia sobre avaliação de desempenho do servidor público seja farta na perspectiva da Ciência da Administração, o mesmo não ocorre na perspectiva do Direito. Na verdade, após a leitura dos textos e artigos acadêmicos, surgiu a sensação de certa insuficiência de suporte teórico apto a embasar as principais conclusões obtidas em relação ao delineamento jurídico da avaliação de desempenho do servidor público.

Por fim, cumpre esclarecer a respeito da *divisão do texto* desta dissertação.

Este trabalho foi dividido em duas partes: a primeira delas consistiu no levantamento de subsídios teóricos aptos a fundamentar posterior tentativa de delineamento jurídico da avaliação de desempenho do servidor público.

O primeiro capítulo dessa parte cuidou de analisar os caracteres que distinguem Estado, Governo e Administração Pública, de forma a compreender cada uma das finalidades de cada figura. A ênfase foi dada no aspecto *ancilar*, isto é, instrumental, da Administração Pública, responsável imediata pelo fiel cumprimento das finalidades públicas.

O segundo capítulo tratou de estudar a evolução jurídica do princípio da eficiência no contexto da Administração Pública. Explicitou-se, como uma de suas notas essenciais, a *eficiência*, derivando conclusão de que a recente constitucionalização desse princípio apresentou duvidosa capacidade inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, o que não retira sua importância, na medida em que reforçou a eficiência como valor a ser atendido pela *praxis* administrativa.

A segunda parte procedeu efetivamente, em quatro capítulos, ao delineamento dos contornos jurídicos da avaliação de desempenho do servidor público.

O primeiro deles tratou da avaliação de desempenho a partir de abordagem da Ciência da Administração, *locus* do conhecimento científico em que mais esse tema se desenvolveu.

O segundo capítulo examinou os principais aspectos constitucionais da avaliação de desempenho derivados de sua inserção no art. 41 da Constituição da República de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

O terceiro capítulo abordou os aspectos processualísticos da avaliação de desempenho do servidor público, enfatizando sua dimensão de encadeamento lógico e

preordenado de atos jurídicos. Procurou-se, ainda, enquadrar a avaliação de desempenho ou como *processo* ou como *procedimento* administrativo, a partir de distinção útil entre essas duas figuras jurídicas, empregando aquela que mais auxilia a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Finalmente, o quarto e último capítulo desta dissertação apontou para um dos mais tormentosos problemas que a implementação da avaliação de desempenho deve enfrentar: o *subjetivismo* da atuação da Administração Pública. Concluiu-se pela impossibilidade de completo afastamento do subjetivismo na atividade do administrador público, em especial na avaliação de desempenho, o que, no entanto, não pode inviabilizar a tentativa de implementação desse valioso instrumento gerencial na Administração Pública brasileira.

PARTE 1

SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA ABORDAGEM JURÍDICA DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

CAPÍTULO 1 – ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DISTINÇÕES ESSENCIAIS

Cumprido, antes de qualquer coisa, em sede introdutória deste trabalho, trazer à baila a discussão teórica sobre a distinção entre Estado, Governo e Administração Pública. Vale dizer que tal assunto, instigante por natureza, é, por si só, tema de um sem-número de trabalhos monográficos e teses elaboradas por estudiosos e especialistas da Teoria Geral do Estado. Nesse sentido, deter-se-á aqui – como nem poderia ser diferente em face da característica introdutória desta seção – em apenas trazer subsídios básicos, porém imprescindíveis, para o adequado entendimento dos rumos teóricos que este trabalho pretende alcançar.

Serão noticiados alguns dos principais posicionamentos doutrinários sobre a teoria do Estado Moderno, passando-se, então, para abordagem do tema Governo, focado como uma das mais relevantes funções da ação estatal, finalizando este capítulo com o estudo do tema Administração Pública, na condição de grande instrumentalizadora das ações do Estado contemporâneo.

1.1 Da noção de Estado

Aborda-se, nesta seção, o Estado como objeto de estudo científico, perspectivas sociológica, política e jurídica, além da compreensão da referida instituição como realidade multicomplexa.

1.1.1 Do Estado como objeto de estudo científico

O estudo científico do Estado – cerne das discussões travadas pela Teoria Geral do Estado – é por demais tormentoso para ser fielmente retratado nesta seção, e nem se arroga tal mister. Conforme apontado por Dalmo Dallari, a complexidade desta matéria deve-se ao fato de que, a partir do surgimento das ciências modernas, após a Idade Média, o Estado sempre foi investigado sob o enfoque específico e exclusivo de cada uma delas⁵.

Desse modo, para a Ciência Política, o Estado é, em sua essência, o ente político primordial, na medida em que cuida da transposição de interesses particulares para interesses comuns. A Sociologia, por sua vez, analisa o Estado como plexo de relações sociais entre seus membros, ordenados por interesse e finalidade comuns. Já a Ciência Jurídica percebe o Estado como o responsável pela ordenação das normas jurídicas da sociedade e, segundo a doutrina positivista, capitaneada por Hans Kelsen, o Estado seria o próprio Direito, eliminando de sua análise tudo que não fosse jurídico.⁶

Em face dessa multiplicidade de enfoques de análise, conforme entende Dalmo Dallari, competiria ao método da Teoria Geral do Estado a unificação dos diversos conceitos de Estado, provenientes de outros campos do conhecimento, rumo a entendimento que se poderia chamar “universal”. Ocorre que dois obstáculos apresentam-se no sentido de dificultar essa missão.

O primeiro deles seria o fato de ser extremamente difícil a conciliação de múltiplos princípios informadores de ciências diferenciadas em torno de um entendimento comum.

⁵ DALLARI, 1972, p. 57.

⁶ Cf. KELSEN, 1994.

Outro ponto de dificuldade seria a ausência de consenso dentro da própria Teoria Geral do Estado acerca do conceito de Estado, havendo tendências no sentido de considerá-lo como ente que existe em função de seus objetivos e finalidades, outras que enfatizam seus elementos concretos e ainda, uma terceira, que ressalta o aspecto jurídico-formal de sua natureza⁷.

Isso posto, cumpre asseverar que não se tratará aqui de solucionar essa delicada questão. Chamada a atenção para a complexidade da matéria sob análise, a fim de se ilustrarem alguns dos posicionamentos científicos de destaque sobre o assunto, serão considerados, na seqüência, breves apontamentos teóricos sobre alguns dos principais pontos de vista científicos sobre a doutrina estatal.

O enfoque não será dado à tradicional concepção analítica de Estado, cujo método de estudo o decompõe em seus três elementos básicos, quais sejam, *povo, território e poder*⁸. Empreender-se-á estudo fundamentalmente compreensivo, que ora encara o Estado como realidade eminentemente sociológica, ora como ente político primordial e ora como organização jurídica necessária⁹. Desse modo, espera-se demonstrar a complexidade que envolve a análise do Estado sem deixar de atentar para seus aspectos teóricos mais relevantes.

⁷ DALLARI, 1972, p. 58-59.

⁸ Alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva (1998, p. 102), inserem a *finalidade* como um quarto elemento constitutivo do Estado, enfatizando seu aspecto político, conforme será exposto na seção 1.1.3 deste capítulo.

⁹ Na verdade, em sede de Teoria Geral do Estado, existem inúmeras teorias e critérios científicos para a análise estatal, o que não caberia expor, nem mesmo superficialmente, em trabalho cujo foco principal não consiste no estudo científico do Estado. Optou-se estrategicamente por essas três vertentes de análise – a sociológica, a política e a jurídica – porque apresentam maior intimidade com os rumos teóricos a que este trabalho se propõe.

1.1.2 Da abordagem sociológica do Estado

A Sociologia encara o Estado como espécie de “organização social”. Imprescindível, neste sentido, apontar o conceito de sociedade ou organização social de Giddings, para quem ela seria “... coletividade de indivíduos reunidos e organizados para alcançar uma finalidade comum”.¹⁰

Darcy Azambuja, adotando vertente sociológica, enuncia que o Estado seria sociedade, pois que se trata de coletividade de indivíduos com interesses e objetivos comuns. Tal definição ainda carece, contudo, de elementos distintivos para diferenciar o “Estado-sociedade” das demais sociedades humanas, como a Igreja e a família.

Um desses caracteres distintivos consiste justamente no objetivo a ser perseguido pelo Estado, que deve ser sempre a ordem e a defesa social – o bem público, por assim dizer. Além disso, possui o Estado duas notas de relevância incontestável, quais sejam, a *autoridade*, entendida como “*direito* de mandar e dirigir, de ser ouvido e dirigido”¹¹ e o *poder*, “força por meio da qual se obriga alguém a obedecer”¹².

Vale dizer ainda que há outras formas de organização social que possuem como fim o bem comum de seus integrantes, e até autoridade e poder em alguma medida, mas é o Estado, e somente ele, que detém o poder maior dentro de seu território, possuindo a

¹⁰ GIDDINGS, F. H. *Principes de sociologie*, p. 1 e 3 *apud* AZAMBUJA, 1981, p. 2.

¹¹ AZAMBUJA, 1981, p. 5.

¹² AZAMBUJA, 1981, p. 5.

exclusividade do monopólio da coerção para fazer cumprir sua autoridade perante seus integrantes¹³.

Ponto importante que se aprende da lição de Darcy Azambuja consiste em que não se deve confundir dirigentes ou autoridades de uma organização social com seus membros ou integrantes. Qualquer organização social possui invariavelmente dirigentes e dirigidos, assim também o Estado, cujos dirigentes máximos respondem pela orientação dos dirigidos, os quais, não deixam, por esse motivo, de integrar aquela organização. A forma como tais dirigentes são escolhidos ou determinados também varia muito entre as organizações sociais e até mesmo entre os Estados, o que, contudo, e vale a pena repetir, não lhes retira o caráter de ente *espécie* do *gênero* “sociedade”, em face da mencionada concepção de Giddings.

Da mesma forma, o sociólogo inglês Timensheff ressalta essa dualidade das organizações sociais. Para ele, “toda a comunidade humana apresentar-se-ia polarizada (*polarized group*) em um centro ativo de dominação, constituído pelos governantes e uma periferia passiva, formada pelos governados.”¹⁴ Percebe-se que, de acordo com essa idéia, não há como deixar de caracterizar a realidade estatal como realidade eminentemente sociológica.

Léon Duguít também trata sociologicamente o Estado, na medida em que o concebe como sociedade humana que possui distinção entre governantes e governados. Ressalta o publicista francês que seriam Estados tanto as tribos mais isoladas da África quanto as mais modernas sociedades européias, com seus elaborados aparelhos governamentais, em

¹³ AZAMBUJA, 1981, p. 6.

¹⁴ TIMENSHEFF, N. S. *An introduction to the sociology of law*, Cambridge, 1939, p. 171 e ss. *apud* FERREIRA, 1983, p. 891.

virtude da existência, ainda que mínima, de grau de diferenciação entre dirigentes e dirigidos.¹⁵

Constata-se, pois, que o método sociológico de análise do Estado, tal como evidencia Reinhold Zippelius, destaca a *rede de relações* existentes entre seus membros.¹⁶ O Estado pode, portanto, ser decomposto em tal rede, pela existência de dirigentes e dirigidos e das inúmeras relações cotidianas entre uns e outros. Max Weber possui entendimento semelhante, por resumir a idéia de Estado como complexo de colaborações específicas entre pessoas.¹⁷

1.1.3 Da abordagem política do Estado

O enfoque político do Estado é encarado, por muitos autores, entre eles Darcy Azambuja, como análise tautológica, na medida em que *político* seria tudo que se reporta a Estado – “o que dele faz parte e o que com ele se relaciona e na medida em que se relaciona.”¹⁸

Dessa forma, qualquer matéria – sem perder sua nota essencial – pode vir a se tornar fato político, no momento em que for absorvida ou regulada na órbita do Estado ou partir de seus interesses¹⁹, numa clara concepção – equivocada, diga-se de passagem – que confunde o *político* com o *estatal*.

¹⁵ DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1911, p. 14 *apud* FERREIRA, 1983, p. 891-892.

¹⁶ ZIPPELIUS, 1984, p. 26.

¹⁷ WEBER, 1964, v I, p. 10. Vale dizer que outra característica essencial do Estado de acordo com Weber é o monopólio da força para cumprimento de suas determinações.

¹⁸ AZAMBUJA, 1981, p. 15.

¹⁹ AZAMBUJA, 1981, p. 15.

Dalmo Dallari, por sua vez, compreende o aspecto político do Estado não como algo ontologicamente posto, mas enfatizando seu caráter *teleológico*. O Estado seria *político* porque deve se preocupar com o atendimento de determinadas finalidades por ele encampadas, a despeito do juízo de valor em relação à forma que se utiliza para o cumprimento dessas metas, em nítida alusão às idéias do cientista político Nicolau Maquiavel.

Percebe-se que conceber o aspecto político como característica intrínseca do Estado não auxilia sua compreensão, em razão da inegável existência de outras abordagens científicas da doutrina estatal, como as vertentes sociológica e jurídica. Resumir o político ao estatal apenas contribuiria para reduzir impropriamente o objeto de estudo tanto da Ciência Política como da Teoria Geral do Estado.

A toda evidência, a ênfase no aspecto teleológico do Estado como orientador de sua essência política parece ser mais adequada, até porque justifica o atributo do poder estatal como poder maior dentro de seus limites territoriais. Esse poder preponderaria sobre qualquer outro dentro desses limites por agir em nome da busca da consecução de seus fins precípuos – entendidos como a composição dos interesses particulares em interesses gerais. Essa, aliás, consiste na ênfase política que Malberg concede ao Estado, conceituando-o como “... comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e coerção.”²⁰

Todo esse aparato instrumental posto à disposição do Estado deve – repita-se – orientar-se pela busca da consecução dos interesses públicos. Tais interesses não possuem, todavia, conteúdo definido *a priori*, porque devem ser interpretados no âmbito do

²⁰ MALBERG, *apud* MEIRELLES, 2003, p. 58-59.

paradigma de Estado em que se encontra determinada Nação em determinado tempo histórico²¹

1.1.4 Da abordagem jurídica do Estado

Nesta sede, vale destacar dois posicionamentos teóricos distintos, um no sentido de que o Direito ou o ordenamento jurídico limita o Estado e outro no sentido de que o próprio Estado se confunde com o ordenamento jurídico.

O primeiro desses posicionamentos, apontado por Dalmo Dallari, pode ser entendido como proveniente do movimento constitucionalista e jusnaturalista a partir da Idade Moderna, que procurou impor limitações ao poder cada vez mais exacerbado que o Estado passara a deter ao longo dos últimos séculos.²²

²¹ *Paradigma* consiste em conceito consagrado por Thomas Kuhn em sua obra *A estrutura das revoluções científicas*, (Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira, 5ª ed., Rio de Janeiro: Perspectiva, 2000), podendo ser entendido, *grosso modo*, conforme atesta Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 134), em sistema de "... conceitos e simplificações tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades". Tradicionalmente, a doutrina do Estado moderno (pós Antigo Regime) concebe três paradigmas principais de Estado, aos quais corresponderia a responsabilidade pela efetivação de determinados direitos. O primeiro deles seria o Estado Liberal, responsável pela consagração normativa dos direitos fundamentais e direitos políticos (chamados *direitos de primeira geração*) dos cidadãos, como o direito à igualdade, à vida, à liberdade, ao sufrágio, ocasião em que ao Estado era atribuída função negativa, de não interferência nos rumos da sociedade. O segundo paradigma se refere ao Estado Social, em que o Estado deixa sua posição estática e parte rumo a busca pela efetivação material dos *direitos de segunda geração* (basicamente direitos coletivos, como o direito ao trabalho, à habitação, à saúde – que nada mais são que releituras dos direitos de primeira geração – direito à vida *digna*, direito à igualdade *material*, etc). Já o terceiro paradigma consiste no Estado Democrático de Direito, enunciado por muitas Constituições contemporâneas, entre elas a brasileira de 1988, em que se busca o atendimento aos *direitos de terceira geração*, os chamados direitos difusos, cujo destinatário consiste em toda a sociedade de modo geral, como o direito a um meio-ambiente sustentável e o direito de proteção à relação de consumo. Vale dizer que a nomenclatura desses três paradigmas é bastante variável entre os estudiosos do Estado. Jürgen Habermas, por exemplo, em sua obra *Between facts and norms: contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 1996, citado por Maria Tereza Dias (2003, p. 135), adota a seguinte tipificação para seus paradigmas de direito: o de *direito formal burguês*, o de *direito materializado do Estado social* e o paradigma *procedimental do direito*. Os dois primeiros equivalem aos direitos de primeira e segunda geração, respectivamente. Já no paradigma de direito procedimental, o conteúdo do direito é definido a partir da participação ativa da sociedade nos rumos do Estado.

²² DALLARI, 1972, p. 71.

Com o fim do Absolutismo, ganhou força a concepção do “Estado de Direito”, ou seja, do Estado limitado por ordenamento jurídico que ele mesmo estabeleceu para seus cidadãos e para si próprio. Conceber o advento de um “Estado de Direito” implica, *a fortiori*, admitir a existência de Estado anterior que não fosse limitado pelo Direito, um Estado possivelmente absolutista e arbitrário, que agiria exclusivamente em nome do atendimento dos interesses comuns da maioria dos cidadãos, ou melhor, da aristocracia dominante. Portanto, qualificar determinado Estado de “Estado de Direito” sugere serem *Estado e Direito* realidades distintas.

Na verdade, os doutrinadores que aderem a esse entendimento procuram a conciliação entre a visão política de Estado, que o entende como o responsável pela composição de interesses particulares em gerais, com a visão jurídica, entendida como a limitação do arbítrio estatal por normas jurídicas.

Hans Kelsen, por sua vez, apresenta-se como o grande precursor da idéia de Estado como *ordenamento jurídico*, procurando adotar método de análise estatal livre de qualquer componente de outros campos do conhecimento, objetivando concepção estritamente jurídica de Estado.

Para a compreensão da doutrina estatal de Kelsen, importa destacar a lição de Reinhold Zippelius, para quem o que dá o tom essencial – a consistência – a uma sociedade seria, não um processo psíquico qualquer, mas um *ordenamento objetivo de normas*. O liame que faz interagir e relaciona os indivíduos uns aos outros, constituindo-os em comunidade, não seria a vontade particular de cada um ou o sentimento pessoal deles, mas tão-somente o plexo de normas jurídicas postas de forma objetiva, destinadas a orientar

suas condutas. Lançando mão de metáfora, o ordenamento jurídico objetivo teria a mesma função que a da regência dos instrumentos de uma orquestra sinfônica.²³

Nesse sentido, de acordo, então, com Kelsen, a ordem normativa regula a conduta dos indivíduos dotando-os de característica de comunidade. Em outras palavras, ordem e comunidade não são dois objetos diferentes. O Estado, enquanto comunidade social, também é formado “somente por uma ordem normativa”, nomeadamente a ordem jurídica estadual.²⁴

Percebe-se, segundo essa concepção, que o Estado não limitaria seu âmbito de atuação: ele próprio consiste no ordenamento jurídico. Claro, entretanto, que esse ordenamento jurídico tem suas diretrizes definidas na Lei Maior de cada Nação; no caso dos Estados modernos, nas Constituições. Contudo, uma vez promulgada esta, tudo aquilo que o Estado execute em seu atendimento é o próprio Direito que se desenvolve e atua na sociedade. O Direito não mais limita o Estado, o Direito nada mais é que o Estado perseguindo os objetivos a ele confiados pelos cidadãos na Carta Magna. Toda ação estatal passa automaticamente a ser ação jurídica, pois, para Kelsen, “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo o Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma.”²⁵

A despeito de qual análise jurídica se deva adotar, se a de que o ordenamento jurídico limita o Estado, ou se com este se confunde, o que se procurou demonstrar nesta

²³ ZIPPELIUS, 1984, p. 29-30.

²⁴ KELSEN, 1994, p. 318.

²⁵ KELSEN, 1994, p. 346. Vale lembrar que a expressão “Estado de Direito”, para Kelsen, designa “um tipo especial de Estado”, cuja divisão de atribuições entre Poderes (conjunto de órgãos) procura estabelecer limites na atuação dos órgãos estatais.

seção foi o fato de que a Ciência Jurídica passou a ter grande relevância na doutrina estatal contemporânea. Seja

limitando o Estado ou com ele se confundindo, o ordenamento jurídico possui inafastável implicação teórica e prática quando se cogita da ação estatal.

1.1.5 Do Estado como realidade multicomplexa

Levantados, ainda que brevemente, alguns dos principais apontamentos teóricos sobre a doutrina estatal, cumpre asseverar que o método da Teoria Geral do Estado tem necessariamente que ser complexo, porque assim requer seu objeto de estudo. Ênfases podem ser dadas de acordo com o escopo da discussão e os objetivos a que se quer atingir com o debate, mas um método único sempre carecerá de suficiência para o completo entendimento do fenômeno estatal, pelo que compreender o Estado implica necessariamente a superposição de várias abordagens metodológicas.

Entende-se que o Estado sempre se apresentou como realidade muito mais antiga que qualquer uma das ciências que dele se ocupam – é e continua sendo concomitantemente realidade social, política e jurídica. Desde os primórdios da humanidade, o homem se organiza em sociedade, com maior ou menor grau de formalização, mas sempre com o intuito de atingir interesses comuns e gerais do grupo, por meio da prescrição de condutas para seus membros – sempre se constituiu, pois, em organização estatal.

1.2 Da noção de Governo

Entendido o Estado como organização político-social, com finalidade de persecução do bem comum, por meio da prescrição de normas jurídicas, importa passar à análise de tema que com ele nutre íntima relação – o estudo do Governo.

Para tanto, cumpre assinalar que o termo Governo pode ser entendido em duas acepções – uma *objetiva* e outra *subjetiva* – as quais serão analisadas na seqüência desta seção.

1.2.1 Governo em sentido objetivo

Governo, em sentido *objetivo*, deve ser compreendido como uma das atividades ou funções estatais. Fernando Andrade de Oliveira, em estudo sobre o desenvolvimento do Governo, ressalta que, nos primórdios do pensamento político moderno, Governo se confundia com a própria ação estatal, ou seja, todas as ações praticadas pelo Estado, como arrecadação de tributos, defesa da sociedade e execução de obras e serviços para a coletividade eram entendidas como “atividade-governo”. Assevera referido autor que, até pelo fato de que nos primeiros Estados Modernos não havia função legislativa, competindo ao Estado executar as diretrizes por ele próprio formatadas, bem como resolver conflitos com base nos costumes – fonte primordial do Direito à época – era difícil separar as funções estatais tal como a doutrina moderna empreende atualmente. Dessa forma, Governo indicava, em sentido generalíssimo, o conjunto indistinto de funções do Estado.²⁶

²⁶ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo* 120/26-28 *apud* DI PIETRO, 1999. p. 57.

Com o desenvolvimento da doutrina do Estado, procurou-se dar refinamento ao estudo das funções estatais, o que culminou com a concepção da tradicional divisão tripartite de sua atividade em função legislativa, função jurisdicional e função administrativa. Essa clássica divisão, aventada por Montesquieu, no século XVIII, em sua paradigmática obra *L'Esprit des Lois*, todavia, não contempla lugar adequado para o estudo da função *de governo* na condição de função estatal. Contudo, tal dificuldade pode ser superada com a adoção do critério de compartimentalização das funções estatais, proposto por Renato Alessi, com base na qualificação da emanção da produção jurídica do Estado em atividade *primária, subsidiária e complementar*.²⁷

Baseado no pensamento do professor italiano, a produção jurídica *primária* seria conformada por meio da função legislativa, que tem como produto a lei em sentido formal. Trata-se da externalização da função soberana estatal, a qual, por meio de seus representantes, confia a produção da vontade da maioria dos cidadãos.

Quanto à produção jurídica *subsidiária*, entende-se aquela realizada pela função jurisdicional, cuidando de aplicar a produção jurídica primária – a lei – de modo a proceder à composição dos conflitos qualificados por uma pretensão resistida (*lides*), atuando de forma imparcial na relação jurídica tutelada pelo Estado. Vale dizer, que no exercício desta função, o Estado só atua mediante provocação daqueles interessados em sua tutela específica.

Já a produção jurídica *complementar* cabe à função administrativa, o que significa a aplicação concreta da produção jurídica primária, tal como ocorre na função jurisdicional, com a diferença de que, nesta situação, age o Estado de ofício, na condição de parte da relação jurídica conformada com sua atuação.

²⁷ ALESSI, 1970, p. 7-8.

No entanto, para Renato Alessi, a produção jurídica *complementar* não se restringe à função administrativa, compreendendo também a chamada *função política* ou *função de governo*, a qual:

... implica una actividad de orden superior referida a la dirección suprema y general del Estado en su conjunto y en su unidad, dirigida a determinar los fines de la acción del Estado, a señalar las directrices para otras actividades de orden diverso [...] buscando la unidad de la soberanía estatal.²⁸

Outra classificação das funções estatais, distinta do posicionamento clássico e que leva em consideração a existência da função política ou de governo, é a empreendida por Marcello Caetano²⁹. Para o publicista português, as funções de Estado se discriminam em *funções jurídicas* e *funções não jurídicas*. As primeiras seriam aquelas relacionadas com a criação e aplicação do Direito, correspondendo mais ou menos às três funções clássicas do Estado, ao passo que as últimas seriam aquelas responsáveis pela realização de outro objeto diferenciado que não o trato incisivo com o Direito.

Nesse sentido, entre as funções não jurídicas estariam a *função técnica*, entendida, *grosso modo*, como a atividade prática prescrita por determinada ciência ou arte, segundo critérios de eficiência³⁰; e, em especial, a *função política*, definida como "... atividade dos órgãos do Estado cujo objecto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e a prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis."³¹

²⁸ ALESSI, 1970, p. 9. Tradução livre: "... implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, [...] buscando a unidade da soberania estatal."

²⁹ CAETANO, 1970, p. 7-8.

³⁰ CAETANO, 1970, p. 9.

³¹ CAETANO, 1970, p. 8.

A linha de raciocínio que os publicistas mencionados empreendem coaduna-se com posicionamentos de outros autores europeus, como Otto Mayer, que, escrevendo no início do século passado, já concebia determinadas atividades estatais que não podiam ser classificadas no clássico rol de Montesquieu. O jurista alemão propugnava pela existência das denominadas “atividades de governo”, entendidas como aquelas relacionadas à “alta direção” do Estado, destinadas ao desenvolvimento das políticas estatais no sentido do atendimento aos interesses gerais da sociedade.³²

Entre os doutrinadores brasileiros, Celso Antônio Bandeira de Mello também admite a existência de tais funções políticas, pelo fato de que atos como a iniciativa de leis pelo chefe do Poder Executivo, vetos, dissolução de parlamentos em sistemas parlamentaristas de governo, não se encaixam em nenhuma das tradicionais funções estatais. Não se trataria de função legislativa, por serem atos concretos; nem de função jurisdicional, por não cuidarem da composição de lides; e tampouco seriam função administrativa, visto que esta se liga indissociavelmente à “gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade.”³³ A função de governo se caracterizaria, pois, como “atos de superior gestão da vida estatal.”³⁴

Dessa forma, as atividades relacionadas com a definição das macropolíticas do Estado, as atividades de planejamento, co-legislativas e de direção, mais diretamente afetas

³² MAYER, *Le droit administratif allemand*, v. I, V. Giard E. Brière, Lib. Editeurs, Paris, 1903, p. 1-14 *apud* MELLO, C. A. B., 2002, p. 28.

³³ MELLO, C. A. B., 2002, p. 34.

³⁴ MELLO, C. A. B., 2002, p. 34. Importa destacar que referido autor (p. 35) faz a ressalva de que só vale a pena admitir, no Estado de Direito, a existência função política ou de governo, desde que isso não implique, tal como parte da doutrina européia tem defendido, a subtração dessa atividade do controle jurisdicional.

às diretrizes constitucionais de um determinado Estado, podem ser resumidas como função de *política* ou função de *governo*.³⁵

1.2.2 *Governo em sentido subjetivo*

Governo, em sentido *subjetivo*, pode ser entendido como o grupo de agentes ou órgãos responsáveis pelo exercício da função governo ou função política, ou seja, quem detém o poder de alta direção dentro do Estado. Cumpre discutir acerca de qual Poder Estatal – se o Legislativo, o Judiciário ou o Executivo – o exercício dessa função está ligado.

Já se sabe, de forma até mesmo intuitiva, que cabe precipuamente ao Poder Legislativo o exercício da função legislativa; ao Poder Judiciário, a função jurisdicional; e ao Poder Executivo, a função administrativa, ainda que tais funções sejam exercidas de forma preponderante e não exclusiva. Eventualmente, Judiciário e Legislativo exercitam a função administrativa, quando, por exemplo, promovem concurso público para preenchimento de cargos em seus órgãos, e o Executivo, a função legislativa, quando edita medidas provisórias (que têm força de lei, conforme art. 62 da Constituição da República de 1988), além de outras possíveis variantes.³⁶

³⁵ Podem ser citados ainda como exemplo do exercício da função de governo, tal como apresentado por Maria Sylvia Z. Di Pietro (1999, p. 56), a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação de Comissões Parlamentares de Inquérito, a nomeação de ministros de Estado, as relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e paz, a permissão de que forças estrangeiras transitem pelo território do Estado, a declaração de estado de sítio e de emergência, a intervenção federal nos Estados, bem como atos decisórios que impliquem a fixação de metas, diretrizes ou planos governamentais.

³⁶ Vale ressaltar que o Poder Legislativo exerce função jurisdicional quando o Senado Federal julga o presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, CR/1988), e o Poder Judiciário, função legislativa, quando os Tribunais Superiores editam seus próprios regimentos internos.

No que se refere ao responsável pela execução da *função de governo*, cumpre analisar tal função a partir da organização de competências e atribuições previstas no ordenamento jurídico brasileiro determinada na Constituição da República de 1988. Tendo em vista a fixação da atividade de governo, isto é, *Governo* em sentido *objetivo*, como a que produz a definição das diretrizes gerais de planejamento e direção do Estado, haveria, na ordem jurídica brasileira, conforme entendimento de Maria Sylvia Z. Di Pietro, a preponderância dessa função a cargo do Poder Executivo³⁷.

Na tradição presidencialista nacional, percebe-se que grande parte das definições dos planos de governo e a determinação dos rumos das políticas públicas têm sido incumbência dos membros, isto é, agentes políticos do Poder Executivo, tais como presidentes da República, governadores, prefeitos, ministros de Estados e secretários de Governo. De todo modo, ressalta a professora paulista que o Poder Legislativo detém alguma parcela de função de governo, na medida em que diversas ações políticas de iniciativa do Poder Executivo precisam passar pelo crivo, ou seja, precisam ser legitimadas pelo Poder Legislativo para se conformarem política e juridicamente.³⁸

Pode-se perceber, portanto, como assevera Maria Sylvia Z. Di Pietro, que "... no direito brasileiro, as funções políticas repartem-se entre Executivo e Legislativo, com acentuada predominância do primeiro."³⁹

³⁷ DI PIETRO, 1999, p. 58.

³⁸ DI PIETRO, 1999, p. 58.

³⁹ DI PIETRO, 1999, p. 58. Merece ainda chamar atenção para o destaque que a referida autora faz da possibilidade, em alguns Estados estrangeiros, de o Poder Judiciário atuar com função política, tal como ocorreu nos Estados Unidos à época dos governos dos juízes, no início do século XX (1999, p. 58). Entre os doutrinadores brasileiros, há quem admita, como Hely Lopes Meirelles, o exercício de função política pelos membros da Magistratura e do Ministério Público, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

1.3 Da noção de Administração Pública

Analisada a *função de governo*, cumpre, no seguimento lógico deste estudo, contemplar a figura da Administração Pública na condição de instrumento responsável pela efetivação do interesse público fixado no âmbito das diretrizes da função política.

1.3.1 Concepções intuitivas de administração

Como idéia inicial, vale a pena compreender o significado do étimo *administração*. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *administração*, por meio da análise latina de sua origem – *ad + ministro* – significa “servir” ou “executar”, ou ainda “ministrar para”. Uma segunda versão aduz que referido vocábulo provém de *ad manus trahere*, que sugere a concepção de direção ou gestão.⁴⁰

Marcello Caetano, por sua vez, para compreender *administração*, prefere não lançar mão do recurso etimológico, mas entender a idéia que subjaz ao referido termo. Segundo o autor lusitano, a noção de *administração* implica necessariamente a existência de um objeto – aquilo que é administrado – uma casa, um patrimônio, até mesmo um Estado. Além do objeto, *administrar* envolve o “manejo de recursos” visando à obtenção de “certas utilidades actuais ou futuras”. Pressupõe também que esse manejo e provisão de recursos se dê em perspectiva não imediatista, mas em bases regulares. Percebe-se, pois, que a

⁴⁰ MELLO, O. A. B., 1979, p. 33-34.

relação de administração exige certo lapso de tempo, ainda que não necessariamente permanente.⁴¹

As análises mencionadas versam sobre concepções gerais sobre *administração*. A idéia de *administração pública* vem se consolidar quando a “provisão de utilidades por meio de manejo de recursos” se faz em atendimento a necessidades coletivas, no momento em que os homens se reúnem em grupos mais ou menos organizados com vistas ao bem comum⁴². Essa noção de grupo implica remissão necessária à concepção de Estado dos pontos de vista sociológico, político e jurídico, pelo que se leva a concluir que o instrumento por meio do qual se persegue o atendimento às necessidades da coletividade, entendido como interesse geral em sentido amplo, consiste na *administração pública*.

1.3.2 Concepções jurídicas de Administração Pública

Juridicamente tratada, a expressão *administração pública* tradicionalmente é analisada do ponto de vista de dois critérios: o *objetivo* e o *subjetivo*.

Em seu sentido *objetivo*, a locução *administração pública*, cuja grafia minúscula é consagrada na doutrina, enfatiza a idéia de *atividade* administrativa. Esta, por sua vez, pode ser entendida, na lição de Renato Alessi como “... *l'espressione dello Stato agente in concreto per il soddisfacimento dei suoi fini di conservazione, di benessere e di progresso della collettività.*”⁴³

⁴¹ CAETANO, 1970, p. 1-2.

⁴² CAETANO, 1970, p. 2.

⁴³ ALESSI, 1949, p. 38. Tradução livre: “... a expressão do Estado agindo *in concreto* para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar e de progresso da coletividade”.

A idéia de concretude também é ressaltada por Maria Sylvia Z. Di Pietro como nota característica da noção de atividade administrativa, além das notas intrínsecas de imediatividade e submissão ao regime de direito público⁴⁴. A referida autora chega, até mesmo, a equiparar a idéia de função administrativa à própria idéia de atividade administrativa.⁴⁵

Noutra acepção consagrada, encara-se *Administração Pública* em sentido *subjetivo* (tradicionalmente grafada com iniciais maiúsculas) como o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos responsáveis pela execução da atividade administrativa, a qual, como exposto, é, por alguns autores, equiparada à execução da função administrativa.⁴⁶

Em seu sentido subjetivo, portanto, a expressão *Administração Pública* dá ênfase aos sujeitos que executam a atividade administrativa. Ainda que preponderantemente tais sujeitos se encontrem na órbita do Poder Executivo, nada impede que pessoas, agentes ou órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário pratiquem atividade administrativa, passando a ser considerados, quando assim atuarem, como pessoas, agentes ou órgãos da *Administração Pública* em sentido subjetivo.⁴⁷

⁴⁴ DI PIETRO, 1999, p. 61.

⁴⁵ DI PIETRO, 1999, p. 54.

⁴⁶ DI PIETRO, 1999, p. 54.

⁴⁷ Como já mencionado, as três funções tradicionais do Estado, quais sejam, a legislativa, a jurisdicional e a administrativa estão associadas respectivamente aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, mas não de forma exclusiva, mas preponderante.

As acepções anteriormente tratadas⁴⁸, as quais enfatizam ora o exercício da atividade administrativa, equiparando-a à função administrativa (aspecto objetivo), ora a estrutura de órgãos e agentes do Estado (aspecto subjetivo), podem também ser conjuntamente entendidas como concepções restritas de *administração pública*.

Em vista disso, parte da doutrina prefere adotar entendimento amplo de *administração pública*, de modo a abranger a concepção de atividade administrativa como algo além da genuína função administrativa, englobando também a função política (sentido objetivo amplo), bem como admitir agentes alheios à estrutura do Estado como executores de tal atividade (sentido subjetivo amplo).

Essa é a linha de raciocínio de Marcello Caetano, ao conceituar *Administração Pública* como "... sistema de órgãos do Estado e de pessoas colectivas que com ele cooperam por força da lei na satisfação das necessidades colectivas."⁴⁹

Nesse sentido, percebe-se que *administração pública* não se executa apenas mediante função *administrativa* (entendida como atividade de execução da lei de ofício e de forma *parcial*, isto é, na condição de interessada direta na decisão estatal da qual participa), podendo se desenrolar também por via *jurisdicional*, com ações decorrentes das funções *política* e *técnica*. Da mesma forma, segundo Marcello Caetano, toda estrutura, estatal ou não, que vise à realização do bem comum, pode ser entendida como

⁴⁸ Entende-se, neste particular, que não faz muito sentido privilegiar quaisquer uma das acepções de *administração pública* – *objetiva* e *subjetiva* – em detrimento da outra. Ao se falar de atividade, sempre há que se falar em órgão ou agente que o pratica, porque não existe função sem executor. Na mesma lógica, quando se menciona órgão ou agente, há necessariamente que se cogitar de ação por ele praticada. Nesse sentido, o conceito de *administração pública* é sempre *subjetivo* e *objetivo* – pois não há como cogitar de função sem órgão e conjunto de órgãos ou agentes sem exercício de função.

⁴⁹ CAETANO, 1970, p. 14.

Administração Pública (em sentido *generalíssimo*), admitindo-se, pois, que até particulares agindo sob a égide da livre iniciativa podem exercer atividade de *administração pública*.⁵⁰

1.4 Concepção a ser adotada de Administração Pública – implicações com as questões da democracia e da eficiência

Cumprido, nesta ocasião, o posicionamento sobre a concepção de Administração Pública a permear doravante este trabalho, com base nos subsídios teóricos até o momento apresentados e com a inclusão, neste debate, de duas matérias em voga relacionadas ao tema: a *democracia* e a *eficiência*.

Agenda relevante que se põe é o problema da *democracia* na Administração Pública. Jean Rivero, citado por Odete Medauar, já chamava atenção, em 1965, para o fato de que a democracia contemporânea permanece restrita ao processo de designação dos governantes, estando os indivíduos, perante a Administração Pública, ainda na condição de súditos do *Ancien Régime*⁵¹. Haveria a necessidade de se realizar, além de uma democracia de investidura, a *democracia de funcionamento* ou de *operação*, nos dizeres de Baldassare⁵², ou sinteticamente, como prefere Odete Medauar, a *democracia administrativa*.⁵³

Na verdade, essa questão impacta, num primeiro momento, com a própria idéia de *democracia*. Caso se analise a raiz grega do étimo em questão, percebe-se que se trata, *grosso modo*, de “governo do povo”, pelo que, então, só se poderia cogitar de

⁵⁰ CAETANO, 1970, p. 6.

⁵¹ RIVERO *apud* MEDAUAR, 1992, p. 94-95.

⁵² BALDASSARE *apud* MEDAUAR, 1992, p. 95.

⁵³ MEDAUAR, 1992, p. 94.

Administração Pública democrática em seu sentido amplo, ou seja, aquela que envolva também, em seu seio, o exercício da função política ou de governo. Nesse *locus* político, estariam contempladas as questões que envolvem os tópicos mais consagrados dentro da teoria da democracia, como, por exemplo, o processo de designação dos governados.

Para não restringir ou inviabilizar o debate apenas em função de questões etimológicas sobre democracia, ou de amplitude do sentido que se toma de Administração Pública, há que se registrar que democracia pode ser compreendida numa acepção mais ampla e menos precisa, no sentido de *processo de participação popular*. Dessa forma, a questão ora debatida passa a ser colocada nos seguintes termos: em que medida exige-se, no atual estágio de organização estatal, uma Administração Pública democrática no sentido de participativa?

Com efeito, talvez não coubesse à Administração Pública preocupar-se tanto em ser *democrática*, e sim em ser *eficaz*, isto é, em alcançar os objetivos definidos no sistema constitucional-legal. Não se quer dizer com isso que a Administração Pública não deva ser democrática. *Democracia* – qualquer que seja a acepção tomada – e *eficácia* não são conceitos antitéticos.

A Administração Pública pode, sem dúvida – sendo até mesmo mandatário no atual contexto de Estado de Direito que se persegue – apresentar mecanismos de participação popular, em especial no processo de acompanhamento e avaliação da implementação de políticas públicas, seja por meio de audiências, seja por meio de outros canais capazes de mensurar a opinião popular em relação à atividade administrativa. No entanto, a idéia democrática de participação popular não é da essência da Administração Pública. Ela tem que se ocupar, acima de tudo, em obter o melhor resultado do ponto de vista do cidadão.

Portanto, conceber uma Administração Pública democrática ou participativa só faz sentido se essa busca implicar melhoria da qualidade da atividade administrativa. Noutros termos, a participação popular é desejada na condição de instrumento que se coloca para a satisfação dos interesses dos cidadãos, não podendo ser concebida como o fim a ser perseguido *per si*.

Segundo essa lógica, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, por exemplo, considera a participação dos interessados em procedimentos administrativos complexos com alto grau de incerteza algo extremamente relevante, em virtude de as informações fornecidas por esses cidadãos, em procedimentos dessa natureza, serem úteis para a obtenção de decisão administrativa de maior qualidade⁵⁴. Assim, a Administração é pública não porque deve ser exercida pelo povo, mas porque deve ser exercida pelos mais capazes, em termos profissionais, *em nome do povo*.

Em vista disso, o *Governo* deve, inegavelmente, ser democrático e participativo, até porque é por meio da função política que se determinarão os objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública. Mas o foco no conceito de *Administração Pública* deve iluminar o aspecto de sua eficácia, concebida como a busca do atendimento das finalidades públicas, as quais, no Estado de Direito contemporâneo, são vocalizadas na Constituição e no sistema de leis, regime esse que inviabiliza, ao menos formalmente, a possibilidade de arbítrio governamental na determinação dessas finalidades a serem perseguidas.⁵⁵

⁵⁴ LOUREIRO, 1995, p. 143.

⁵⁵ Matéria de grande importância no campo da Ciência Política e de suas ciências afins na atualidade consiste em como assegurar a legitimidade social do processo formal de determinação do interesse público. Em outras palavras, como garantir que as legítimas agendas da sociedade sejam incorporadas como objetivos estatais. Sabe-se que no atual paradigma estatal, esse interesse está incrustado no sistema legal, o qual deve corresponder às diretrizes fixadas na Constituição. Nesse sentido, competiria ao Governo viabilizar os instrumentos que permitam que as agendas da sociedade sejam incorporadas ao sistema constitucional-legal, cabendo, por via de consequência, à Administração Pública, o atendimento dessas agendas.

Seguindo essa linha de raciocínio, alguns autores, como Marcello Caetano, fazem questão de conceber Administração Pública *menos* como atividade ou conjunto de órgãos e agentes e *mais* como verdadeiro poder, entendido como "... a possibilidade atribuída a alguém eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia."⁵⁶

Pelo exposto até o momento, restou demonstrado que, ainda que formas de participação popular sejam desejáveis, a Administração Pública deve se preocupar com sua eficácia. Administrar consiste justamente nisto: atingir resultados, e, em se tratando de Administração Pública, em atingir resultados de interesse público, obviamente não a qualquer custo, mas tendo em vista os balizamentos estabelecidos pela própria coletividade no processo legítimo de participação popular, que se desenvolve no âmbito da função política de Estado, conformador das normas constitucionais-legais no Estado de Direito contemporâneo.

Todavia, para além da idéia de *eficácia*, a qual é inerente à idéia de administrar, no atual contexto social e político em que os Estados nacionais se encontram, a Administração Pública deve ser, sobretudo, *eficiente*. Como conseqüência, a *eficiência*, conceito apropriado pela Ciência Jurídica das Ciências da Administração, pode ser entendida como *plus* em relação à *eficácia* – consiste em atender o interesse público de forma mais racional, com dispêndio menor de recursos, sem prejuízo da qualidade dos resultados.

Dessa forma, é imprescindível assinalar que a eficiência é uma das grandes notas características da moderna Administração Pública, entendida esta como instrumento para o cumprimento do interesse público esculpido no ordenamento jurídico.

⁵⁶ CAETANO, 1970, p. 15.

Analisadas algumas das principais questões contemporâneas a respeito da doutrina da Administração Pública, há que se esclarecer que a concepção de Administração Pública a ser adotada neste trabalho será a *restrita*, separando-se o modo de formação do interesse público (relacionado à função política ou de governo) do modo de busca de sua implementação (remetida à função administrativa *stricto sensu*).

Vale também assinalar que, neste trabalho, a distinção entre o sentido *objetivo* e *subjetivo* de *Administração Pública* não será relevante, porque a atividade administrativa e os sujeitos que a exercem serão sempre reciprocamente considerados, podendo, eventualmente, enfatizar-se, com a advertência necessária, ora seu aspecto objetivo, ora seu aspecto subjetivo. O foco relevante que se dará à Administração Pública, portanto, resume-se a seu caráter *instrumental*, de atendimento do interesse público, sem se olvidar a nota de *eficiência*.

Em razão disso, o capítulo próximo será dedicado ao estudo e análise do processo de apropriação da eficiência como valor jurídico, tema esse que se apresenta como da mais alta relevância para o estudo da Administração Pública no atual paradigma de Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2 – DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Administração Pública gerencial, Administração Pública voltada para resultados, aferição de desempenho, economicidade, eficácia, celeridade, informalização de procedimentos, instrumentalidade das formas, desburocratização das estruturas hierárquicas, profissionalização da função pública, novas formas de parceria com a Administração Pública, controle social de resultados – enfim – tudo isso – além de outras concepções e instrumentos não expressamente mencionados – invariavelmente remetem, ainda que de forma não exclusiva, a uma das matérias de mais alta relevância na atual doutrina juspublicista – a *eficiência como valor jurídico*.

Este capítulo será dedicado a estudo desse tema, em face da íntima relação prática que nutre com a questão da Administração Pública que se deseja e que se pretende viabilizar no atual paradigma de Estado Democrático de Direito. Não se pretende, até por não ser objeto deste trabalho, concluir por conceito definitivo de eficiência jurídica na Administração Pública, mas explicitar sua relevância e as repercussões de sua constitucionalização para o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Da apropriação de valores pela Ciência do Direito

O Direito, bem como as demais ciências, passou, tem passado e continuará passando por processo contínuo de estruturação, revisão, inclusão e exclusão de conceitos e teorias a ele aplicáveis. E, na condição de ciência social aplicada, o Direito tem na

sociedade sua fonte primordial de novas idéias e concepções. Adota-se, pois, entendimento segundo o qual, na condição de ciência *prescritiva*, que fixa regras da conduta humana, consistindo na mais alta forma de controle social que a humanidade jamais experimentou, a Ciência Jurídica extrai seus fundamentos da sociedade, de seus desejos e aspirações em determinado lugar, em determinada época da História.⁵⁷

O Direito se apresenta para a sociedade por meio de normas, sejam escritas ou não, consuetudinárias ou provenientes da idealização abstrata de um legislador qualquer. O fato é que tais normas, que se dividem em princípios e regras, e que prescrevem condutas positivas ou negativas, ou ainda faculdades aos membros da sociedade, sempre trazem em seu seio um *valor*, que, proveniente das demandas sociais, alcançou determinado *status* de relevância, a ponto de merecer ser tutelado pela Ciência do Direito.

No âmbito das relações privadas, por exemplo, a castidade já se constituiu em valor de grande importância do ponto de vista jurídico, em virtude da possibilidade, no ordenamento jurídico pátrio, de o marido anular casamento caso descobrisse não ser virgem sua esposa, tal como dispunha o artigo 219, IV, do Código Civil de 1916. Atualmente, com o Código Civil de 2002, não subsiste mais essa prerrogativa ao marido – pode-se concluir que a castidade caducou como valor social, refletindo diretamente na normatização jurídica contemporânea.

⁵⁷ Pretendeu-se apenas, sem se aprofundar no debate sobre a Teoria Geral do Direito, adotar uma das inúmeras teorias existentes para se explicar a natureza do Direito. De todo modo, fica claro que não se adota a concepção positivista estrita, a qual concebe, *grosso modo*, o Direito como sinônimo de normas positivadas num ordenamento sistemático. Na verdade, trata-se apenas de um aspecto do Direito, de inegável importância científica, talvez o de maior relevância prática, mas sem dúvida não o único. O Direito sempre teve e continuará tendo *interface* inafastável com a sociedade, na medida em que esta constitui seu antecedente, porque dela tem sua origem, e conseqüente, porque suas normas prescrevem condutas aos membros dessa sociedade, em processo contínuo de retroalimentação.

Outros valores, como a boa-fé, sempre estiveram em voga na sociedade e, via reflexa, nos ordenamentos jurídicos. A consagração da teoria da aparência nas relações contratuais nos sistemas jurídicos de diversos Estados exemplifica essa assertiva.

No campo do Direito Público, esse fenômeno não é diferente. Valores sociais, como a moralidade e a boa-fé, também são incorporados nas relações entre Administração Pública e sociedade. Ocorre, entretanto, na seara específica do Direito Administrativo, que os valores por ele tutelados não provêm apenas da realidade da vida, isto é, da espontaneidade dinâmica das relações sociais, a qual vem contínua e aleatoriamente definindo novas categorias a serem consagradas pelo Direito, mas também diretamente do exercício dogmático dos jus-administrativistas, que determina bens e valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ressalta-se, por conseguinte, que a *cientificidade* se constitui em nota essencial do atual paradigma da Administração Pública, informada, desde algum tempo, por princípios da *Administração Científica*, isto é, da *Ciência da Administração*. E foi a partir da concepção de uma *Administração Científica*, surgida no âmbito do modelo capitalista de geração de riquezas, que objetivava atender às novas demandas do modo de produção em massa, que valores como a *eficiência* foram concebidos e transpostos para a doutrina da Administração Pública.

2.2 Do advento da Administração Científica – *taylorismo* e *fayolismo* – e o surgimento da noção de eficiência

A *Administração Científica*, também conhecida como *Escola Clássica da Administração*, surge no século XIX como inexorável consequência do fenômeno, iniciado

com a Revolução Industrial no século XVIII, de substituição da economia mercantil, baseada no metalismo e na acumulação pura e simples de riqueza, pelo modo de produção capitalista, fundamentado na produção em massa de bens de consumo, na circulação de riquezas, com vistas à obtenção do máximo de excedente financeiro – noutros termos – o máximo de lucro.

Os níveis de lucro cada vez mais elevados exigidos pelo modo capitalista de geração de riquezas incentivou a abordagem do modelo de produção industrial de um ponto de vista científico, o que possibilitaria a racionalização do processo produtivo e a otimização de resultados auferidos. Surgia assim, a *Ciência da Administração* ou a *Administração Científica*, que teve em Frederick Winslow Taylor e Henry Fayol seus grandes precursores.

O americano Taylor, no final do século XIX, procurou estabelecer forma de aumentar a produtividade de sua empresa a partir da otimização das ações de seus trabalhadores do “chão de fábrica”. Para referido engenheiro, o processo produtivo não poderia mais ser estudado do ponto de vista empírico, exigindo-se, doravante, análise científica, no sentido de fixação, *a priori*, de normas administrativas que garantiriam a racionalização das atividades da organização.

Dessa forma, o *taylorismo* – nome pelo qual se denomina a escola difusora desses princípios – edificou-se sobre o pilar fundamental do estudo dos *tempos e movimentos*⁵⁸, o qual determinava ao operário a melhor forma (*the best way*) para realizar sua tarefa, enfatizando nitidamente a questão da eficiência na organização.

⁵⁸ Na verdade, conforme noticia Antônio de Lima Ribeiro (2003, p. 30), coube a Vauban o primeiro mapeamento de tempos e movimentos de uma atividade – a de terraplanagem em 1729. No entanto, atribui-se mesmo a Taylor a sistematização do estudo, posteriormente aprimorado por cientistas da administração como Barnes e Maynard, já no século XX.

Em outras palavras, não caberia mais ao trabalhador isoladamente definir como proceder à realização de suas tarefas. Após estudo apurado de cada etapa da cadeia produtiva, o operário seria instruído pela direção da organização sobre como exercer aquela tarefa, conforme fixado por norma do *manual administrativo*, sem margem para modificações espontâneas. Esse processo implicava a especialização do trabalho e a padronização das etapas semelhantes do processo de produção, facilitando o controle objetivo por parte da gerência sobre a atividade de seus funcionários, viabilizando a adoção de sistema de premiação positiva e negativa dos trabalhadores com base na capacidade de executar a tarefa tal como prescrita nas normas científicas do manual.⁵⁹

Já o *fayolismo*, corrente da Ciência da Administração conhecida como *normativista*, também enfatizava a busca da eficiência nos processos produtivos da organização, mas sob perspectiva diferenciada do *taylorismo*. Enquanto Taylor centrava seus esforços no chão de fábrica, ou seja, nos estudos individualizados dos tempos e movimentos em nível operacional, o francês Fayol privilegiou os estudos científicos da estrutura e funcionamento organizacionais – da “anatomia” à “fisiologia” da organização.⁶⁰

Conforme ressalta Antonio de Lima Ribeiro, coube a Fayol, em sua obra *Administration industrielle et générale*, de 1916, a definição das funções de uma organização, diferenciando a atividade administrativa das demais (técnicas, comerciais, financeiras, etc), definindo aquela como composta por cinco funções principais: previsão, organização, direção, coordenação e controle.⁶¹ A elaboração e a adoção de princípios específicos para cada uma dessas funções consistia no cerne da Administração Científica

⁵⁹ RIBEIRO, 2003, p. 20-29.

⁶⁰ RIBEIRO, 2003, p. 40.

⁶¹ RIBEIRO, 2003, p. 41.

fayolista, o que garantiria, invariavelmente, à organização obter, da melhor forma possível, os resultados por ela esperados.

Embora a busca pela eficiência nos processos produtivos já fosse preocupação da administração empírica (pré-científica), um dos grandes legados do *taylorismo* e do *fayolismo* consistiu em preparar terreno propício para que a *eficiência* – compreendida basicamente como exigência de atendimento às finalidades organizacionais, da melhor maneira possível, tendo em vista os recursos (como tempo, dinheiro e informação) disponíveis⁶² – passasse a ser estudada de forma sistemática e científica.

Com efeito, os precursores da Administração Científica viabilizaram movimento em que o estudo da *eficiência* – inicialmente restrito à seara do microcosmo dos processos produtivos das empresas privadas – influenciasse e constituísse objeto de análise de outros campos de conhecimento da humanidade.

A doutrina da Administração Pública foi uma das que se apropriou dos princípios da Administração Científica no início do século passado. Imprescindível mencionar, nesse contexto, os estudos do sociólogo alemão Max Weber no sentido de identificar e sistematizar os princípios de uma nova Administração Pública.

Pode-se identificar, pois, em Weber, o principal teórico a analisar a passagem do então paradigma dominante de administração (que equivaleria à administração pré-científica, isto é, anterior a Taylor e a Fayol) – fundamentado nos modelos de dominação carismático e tradicional – para uma administração racional e sistematicamente voltada

⁶² Assevere-se que essa noção de *eficiência* é o que se adotará provisoriamente até o término deste capítulo. Posteriormente, propor-se-á concepção mais ampliada, por conta da necessidade de se compreender eficiência não apenas a partir de concepções privatísticas, mas também em face do ordenamento jurídico brasileiro.

para a *eficiência* (incorporando, pois, princípios do *taylorismo* e do *fayolismo*). Esse novo modelo de Administração Pública, Weber denominou *burocrática*⁶³.

Em vista disso, proceder-se-á, na seqüência, à análise da teoria weberiana dos tipos ideais de denominação legítima, a qual repercute, de modo decisivo, na doutrina da Ciência da Administração e, por via de conseqüência, na doutrina da Administração Pública.⁶⁴

2.3 Da teoria weberiana dos tipos puros de dominação legítima e sua influência na teoria da Administração Pública

Max Weber concebeu sua teoria sobre os tipos puros de dominação legítima em 1922, na paradigmática obra *Economia e sociedade*. De início, cumpre distinguir, para Weber, *dominação de poder*. Enquanto este significa “... *la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad*”⁶⁵, aquela consiste na “... *probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas*”.⁶⁶

⁶³ Os advogados da “administração pública gerencial” defendem que a Administração burocrática seria pouco comprometida com os resultados, sendo a eficiência nota essencial desse novo paradigma. Tal concepção não procede, tal como se apresentará na próxima seção e na crítica à “administração pública gerencial” feita na seção 2.4.3.

⁶⁴ Cumpre deixar claro que, ao contrário de Taylor e Fayol e de outros administradores científicos, que restringiam seu campo de estudos precipuamente às empresas privadas, os estudos empreendidos por Weber foram bem mais abrangentes, abordando organizações não só econômicas, como também políticas e sociais, razão pela qual a teoria weberiana apresenta aplicabilidade a quaisquer tipos de organização, inclusive a Administração Pública. Outra distinção fundamental é que o método de Weber, na condição de sociólogo, consistiu em estudar modelos antigos de organização e identificar tendência a novo modelo organizacional, o qual ele denominou burocrático. Weber, ao contrário dos cientistas “puros” da Administração, não prescreveu normas que deveriam ser seguidas pelas organizações, mas identificou tendência natural à burocratização a que as novas organizações estariam inexoravelmente sujeitas.

⁶⁵ WEBER, 1964, v. I, p. 43. Tradução livre: “... a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade.”

⁶⁶ WEBER, 1964, v. I, p. 43. Tradução livre: “... probabilidade de encontrar obediência a um comando de determinado conteúdo entre pessoas dadas.”

Percebe-se, pois, que a idéia de *poder* sugere imposição, ao passo que a noção de *dominação* se esteira em obediência, com a presença de nível mínimo de vontade, seja qual for o fundamento dessa submissão.⁶⁷

No entanto, a dominação calcada apenas em motivos puramente materiais, afetivos ou racionais, com apelo a valores, apresenta-se extremamente frágil, sendo necessário, para a estabilidade das relações sociais, que essa dominação se fundamente em critérios mais seguros e representativos.⁶⁸ A essa dominação de caráter mais estável, Weber denomina *dominação legítima*, a qual se desenvolve com base em três fundamentos – o *carisma*, a *tradição* e a *racionalidade*.

Weber analisa detidamente cada uma dessas modalidades de dominação a partir de perspectiva metodológica pura, ou seja, analisa tais tipos sem as influências recíprocas de um modelo no outro, ainda que alerte para o fato de que, na realidade histórica, não seja fácil deparar-se com um tipo puro em sua completude.⁶⁹ Vale destacar que para cada tipo de dominação, Weber associa um modelo de administração, que se estrutura a partir do respectivo fundamento legítimo de cada uma dessas modalidades.

Partindo-se para a análise do primeiro tipo de dominação, a *carismática*, percebe-se que seu alicerce edifica-se por meio da devoção pessoal à autoridade à qual se obedece. Tal devoção provém de sentimento de admiração a qualidade pessoal da autoridade, como, por exemplo, o heroísmo, a santidade, a inteligência, o dom da oratória, a estética ou outro atributo pessoal, mas que se apresente quase como “sobrenatural” ou “sobre-humano”, não acessível à ordinariedade das pessoas comuns.⁷⁰

⁶⁷ WEBER, 1964, v. I, p. 170.

⁶⁸ WEBER, 1964, v. I, p. 170-171.

⁶⁹ WEBER, 1964, v. I, p. 173.

⁷⁰ WEBER, 1964, v. I, p. 193.

O tipo de administração fundada no carisma, se é que se pode associar esse tipo de dominação a alguma organização administrativa propriamente dita, não possui qualquer orientação normativa, não segue qualquer racionalidade, nem mesmo a costumeira. As decisões tomadas em seu âmbito tampouco se orientam por qualquer competência pré-dada, fundamentando-se exclusivamente no casuísmo. Sua autoridade é o “líder” e seus seguidores os “apóstolos”, que obedecem enquanto subsistir o carisma daquele.⁷¹ Talvez em face de tamanha irracionalidade, não seja adequado admitir a existência de tal tipo de administração, na essência do termo, visto que a idéia de administrar pressupõe um mínimo de organização, o que definitivamente não encontra lugar nesta hipótese.

Já a dominação *tradicional* possui como fundamento de legitimidade a “... *santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos, ‘desde tiempo inmemorial’, creyéndose en ella en méritos de esa santidad.*”⁷² Sua legitimidade, portanto, reside no costume, na memória social, na idéia de perpetuação de regras desde há muito seguidas e cuja origem se perdeu no tempo.

A administração associada a esse tipo de dominação implica certo grau de racionalidade. O domínio de atuação de sua autoridade – o “senhor” – respeita alguns limites impostos pela tradição, ainda que haja espaço para a arbitrariedade, calcada em inspirações e sentimentos pessoais. A estrutura administrativa pode se edificar de forma *patriarcal*, em que os “servidores” (os que obedecem à autoridade) são recrutados em virtude de manterem, em relação ao senhor,

Dependência de caráter *patrimonial* (por exemplo, na condição de escravos ou servos),

⁷¹ WEBER, 1986, p. 135.

⁷² WEBER, 1964, v. I, p. 180. Tradução livre: “... santidade de ordens e poderes de mando herdados de tempos distantes, ‘desde tempo inmemorial’, acreditando-se nela com mérito nessa santidade.”

ou ainda de natureza *estamental*, quando os servidores não mantêm liame patrimonial com o senhor, mas são distinguidos em relação aos demais membros da sociedade em função do privilégio pessoal concedido graciosamente pelo senhor.⁷³

Por fim, a dominação *legal* se fundamenta na idéia de *racionalidade*, entendida como princípio orientador da forma de fixação de estatuto impessoal de normas abstratas a serem seguidas pelo grupo e às quais também submete-se a autoridade.⁷⁴ O tipo mais puro de dominação legal consiste na dominação *burocrática*. Sua lógica essencial reside, de acordo com Weber, no fato de que “... *cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma.*”⁷⁵

A *administração burocrática* consiste na forma de organização associada a esse tipo de dominação, não obstante qualquer organização que se estruture a partir de um estatuto poder se considerar burocrática.⁷⁶ Dois pontos principais devem ser destacados quando se analisa o desenvolvimento das atividades da *administração burocrática*: o *formalismo* e a *adoção de critérios utilitário-materiais*.⁷⁷

Esclareça-se que o formalismo burocrático, para Weber, implica a garantia de oportunidades pessoais de vida a todos cidadãos-administrados, qualquer que seja sua classe. O formalismo constitui-se em antítese da arbitrariedade, na medida em que a adoção de regras rígidas pré-estatuídas representa garantia de imparcialidade da administração na condução de suas atividades.⁷⁸

⁷³ WEBER, 1986, p. 131-132.

⁷⁴ WEBER, 1964, v. I, p. 173-174.

⁷⁵ WEBER, 1964, v. II, p. 707. Tradução livre: “... qualquer direito pode se criar e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma.”

⁷⁶ WEBER, 1964, v. II, p. 708.

⁷⁷ WEBER, 1964, v. I, p. 180.

⁷⁸ WEBER, 1964, v. I, p. 180.

Já a utilização de critérios utilitário-materiais no desenvolvimento da ação burocrática nutre íntima relação com a idéia de consagração do *saber profissional* e da *superioridade da técnica*. Para Weber, “... *el gran instrumento de la superioridad de la administración burocrática es éste: el saber profesional especializado, cuyo carácter imprescindible está condicionado por los caracteres de la técnica y economía modernas de la producción de bienes.*”⁷⁹

No mesmo sentido: “... *la administración burocrática significa: dominación gracias al saber; éste representa su carácter racional fundamental y específico.*”⁸⁰ Dessa forma, a organização burocrática se estrutura com base em critérios científicos e seus quadros administrativos são preenchidos por profissionais especializados e qualificados, submetidos a estrutura de carreira. Com a administração burocrática, desenvolvem-se as noções de *hierarquia e competências* rigorosa e objetivamente fixadas.⁸¹

Diante do exposto, não há como negar a *administração burocrática* constituir-se na primeira forma de organização administrativa que adotou como princípio estruturador a *eficiência*, ainda que em condição imprecisa e embrionária, mesclado com a idéia de racionalização e excessivamente atrelado à concepção privatística de melhor relação entre *inputs* e *outputs*, isto é, entre insumos e produtos.

A preocupação com a qualificação do corpo profissional, com a melhor técnica no desenvolvimento da atividade administrativa cotidiana, com o formalismo concebido como instrumento de isonomia nos procedimentos que envolvam o cidadão-administrado restam

⁷⁹ WEBER, 1964, v. I, p. 178. Tradução livre: “... o grande instrumento da superioridade da administração burocrática é este: o *saber profissional especializado*, cuja característica imprescindível está condicionada pelas características da técnica e economia modernas de produção de bens.”

⁸⁰ WEBER, 1964, v. I, p. 179. Tradução livre: “... a administração burocrática significa: dominação graças ao saber; este representa sua característica racional fundamental e específica.”

⁸¹ WEBER, 1964, v. I, p. 175-176.

evidentes. Para quem ainda indaga a respeito do foco em resultados que orienta a administração burocrática, a lição weberiana não deixa dúvidas:

La administración burocrática pura, o sea, la administración burocrática-monocrática, atendida al expediente, es a tenor de toda la experiencia la forma más racional de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y lo interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad técnica de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados.⁸²

Demonstrada a relação intrínseca entre *burocracia e eficiência*, passa-se à análise das experiências nacionais no sentido da adoção de uma Administração Pública eficiente.

2.4 Em busca da Administração Pública eficiente pelo Estado brasileiro

A Administração Pública brasileira, desde a época colonial até o início do século XX, tal como na maioria dos demais Estados Nacionais do mesmo período histórico, padecia de mal que urgia ser combatido, cujo diagnóstico indicava: pessoalidade nas relações internas da Administração Pública e entre esta e a sociedade, ausência de controles eficazes sobre a atividade administrativa, centralismo excessivo da estrutura orgânica da Administração Pública. A herança administrativa deixada pela monarquia portuguesa, com sua estrutura ainda em muito baseada no *Ancien Régime*, contribuiu, em boa medida, para dotar a emergente Administração Pública brasileira dessas nefastas características.

Todavia, já no século XIX, com o desenvolvimento da *Administração Científica* no setor privado e, posteriormente, com os estudos aprofundados de Sociologia das

⁸² WEBER, 1964, v. I, p. 178. Tradução livre: "A administração burocrática pura, ou seja, a administração burocrático-monocrática, atenta ao expediente, é a rigor de toda a experiência, a forma mais racional de se exercer uma dominação; e o é da seguinte maneira: em precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiança; calculabilidade, por tanto, para o soberano e os interessados; intensidade e extensão no serviço; aplicabilidade formalmente universal a toda sorte de tarefas; e suscetibilidade *técnica* de perfeição para alcançar o ótimo em seus resultados."

Organizações, com destaque para as teorias de Max Weber, iniciou-se movimento pujante para a implantação de novo modelo de Administração Pública em toda a Europa e também no Brasil.

Em nosso Estado, podem-se destacar três marcos principais desse movimento de reforma administrativa: a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, em 1938, ainda no primeiro governo de Getúlio Vargas; a edição, no regime militar autoritário, do Decreto-Lei nº 200, de 1967; e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, desenvolvido em 1995, no primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso, que visava à adoção, no contexto administrativo brasileiro, da denominada “Administração Pública gerencial”.

Desnecessário ressaltar que esses três marcos não representam as únicas tentativas de implementação de uma Administração Pública eficiente no Estado brasileiro⁸³, mas restringe-se a análise do movimento de reforma administrativa a esses três momentos pelo fato de que os dois primeiros marcos – a criação do DASP e o Decreto-Lei nº 200/1967 – representam tentativas de verdadeiro rompimento de paradigmas na Administração Pública nacional.

Quanto ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, sem embargo de haver quem advogue também se tratar de marco administrativo extremamente inovador, não implicou, em realidade, mudança de paradigma na Administração Pública brasileira.

⁸³ Entre outras medidas no sentido de reformar a Administração Pública brasileira, podem-se citar: o encaminhamento, no segundo Governo de Vargas, do Projeto de Lei nº 3.563/1953, o qual não prosperou; a criação, no Governo Juscelino Kubitschek, em 1956, da CEPA (Comissão de Estudos e Projetos Administrativos), sob direção de Luís Simões Lopes, e, em 1963, sob o regime de João Goulart, a instituição do Ministério Extraordinário para a Reforma Administrativa. Outra tentativa de reforma a se destacar foi o Programa Nacional de Desburocratização, empreendido no Governo de João Figueiredo (1978-1982), coordenado por Hélio Beltrão. Mais recentemente, em 1986, o Governo José Sarney promoveu a criação da SEDAP (Secretaria de Administração Pública da Presidência da República) – órgão central da reforma administrativa – e da ENAP (Escola Nacional de Administração Pública) com o objetivo de promover a difusão acadêmica das principais diretrizes sobre o movimento de reforma do Estado.

Referido Plano apresenta, contudo, inegável importância metodológica para este trabalho, na medida em que, a partir de seu desenvolvimento, iniciou-se movimento de reforma normativa que culminou com a constitucionalização expressa do princípio da *eficiência* e, entre outros instrumentos de busca de modernização administrativa, do instituto da avaliação de desempenho do servidor público.

2.4.1 O Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP – 1938

O Governo de Getúlio Vargas (1930-1945) empreendeu a primeira grande tentativa de reforma no sentido de reestruturar a Administração Pública brasileira a partir das diretrizes da administração burocrática weberiana. O marco legal consistiu na criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP – por meio do Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938.

O DASP possuía basicamente as funções de normatização e fiscalização da reforma administrativa empreendida no momento. Competia a ele a orientação, a coordenação e o controle de toda a aplicação da legislação administrativa de pessoal da União, bem como a revisão de projetos sobre obras públicas, a coordenação das campanhas de publicidade sobre a reforma, o estudo sobre criação de carreiras no setor público, a difusão de novas idéias sobre Administração Pública por meio de promoção de cursos e seminários específicos sobre a matéria, além de ser responsável pela edição da Revista do Serviço Público, instrumento eminentemente acadêmico pelo qual se iniciou a propagação dos ideais da reforma administrativa no País.

No entanto, conforme expõe Maria Tereza Fonseca Dias, com o fim da ditadura Vargas, em 1945, foi posta em xeque a manutenção do DASP, considerado pelo novo

Governo órgão pouco viável. De todo modo, o DASP permaneceu formalmente ativo após 1945, na condição de órgão de assessoria (não mais normativo ou fiscalizador), até sua definitiva extinção em 1986.⁸⁴

Ainda de acordo com Maria Tereza Dias, o principal mérito do DASP no sentido de reformar a Administração Pública brasileira consistiu no esforço de se implantar modelo administrativo racional-legal, nos termos propugnados pela teoria burocrática weberiana. Tal empresa se orientou pela tentativa de se consagrar a imparcialidade no processo decisório administrativo e de se buscar a profissionalização no serviço público com a implementação das carreiras do Estado. A esse respeito, dois instrumentos legais configuram-se como produtos diretos desse movimento: a Lei de Reajustamento de 1936 e o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939.⁸⁵

Entretanto, muitas críticas podem ser feitas sobre esse processo de reforma. Nesse sentido, Beatriz de Souza Wahrlich cita, como exemplos: importação de teorias administrativas alheias à realidade brasileira (no caso do DASP, a diretriz inegável era a reforma administrativa dos Estados Unidos); a distinção, no campo das reformas, entre questões políticas e administrativas; a crença exacerbada nos preceitos da Administração Científica; a ênfase no controle dos procedimentos em detrimento dos resultados da atividade administrativa; o contexto autocrático de sua promoção; e a concentração da reforma no DASP, contribuindo para centralização da Administração Pública, a qual passou a ser concebida como sistema excessivamente fechado, sem dar devida importância

⁸⁴ DIAS, 2003, p. 178.

⁸⁵ DIAS, 2003, p. 178-179.

ao meio que a cerca e às instâncias informais e culturais da dimensão interna de uma organização pública.⁸⁶

Apesar de todas as críticas e obstáculos por que passou o desenvolvimento dessa reforma, não há como negar, a partir da análise dos discursos, à época, do presidente e dos coordenadores desse primeiro projeto reformista, a importância dada à questão da eficiência. Importa ressaltar que a concepção de eficiência dessa reforma nutria íntima relação com o ideário burocrático weberiano, o que se depreende do pensamento de Maurício Nabuco (um dos mentores do DASP):

Quando falo em eficiência do serviço civil, refiro-me a medidas, seguramente de economia, por um lado, mas por outro de ordem, de distribuição de serviço, de aptidão, de promoção, de responsabilidade prática, que dêem mais garantias ao merecimento e ao trabalho, outros meios de ação aos agentes do Poder Executivo, outros meios de fiscalização ao Parlamento, para que os serviços públicos sejam feitos e administrados como se fossem confiados à iniciativa, ao interesse, e à responsabilidade do particular.⁸⁷

2.4.2 O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967

A introdução dos princípios da administração burocrática, na Era Vargas, com a finalidade de superar o paradigma obsoleto do patrimonialismo, não foi suficiente para superar todos os problemas por que passava a Administração Pública brasileira ao longo do século passado. Esta ainda padecia de mal que comprometia toda a atividade estatal: o problema da excessiva centralização da execução das atividades administrativas, o qual até mesmo agravou-se com a adoção de alguns princípios da burocracia weberiana, como o princípio da rigidez hierárquica da estrutura administrativa.

⁸⁶ Cf. WAHRLICH, 1983.

⁸⁷ WAHRLICH, 1983, p. 125.

Tendo em vista a necessidade de superar esse centralismo exacerbado, em que se diagnosticava – de acordo com José de Nazaré Teixeira Dias, um dos autores da reforma de 1967 – quadro em que se sobrepunham os meios aos fins, o burocratismo à ação, tudo isso agravado pela falta de planejamento, de diretrizes, de organização competente do centro da direção administrativa e que contribuía para a predominância de processos, diluição da responsabilidade dos agentes, morosidade e elevados custos da ação administrativa⁸⁸, o Governo autocrático de Castello Branco editou, no ano de 1967, o Decreto-Lei nº 200, que dispunha, segundo sua ementa, “... sobre a organização da Administração Federal”, estabelecendo “diretrizes para a Reforma Administrativa.”

Como tônica principal, referido Decreto-Lei iniciou, na organização administrativa brasileira, processo amplo de *desconcentração* administrativa de modo a, conforme atesta Hely Lopes Meirelles, “... distinguir as atividades de direção das de execução, as atividades-fins das atividades-meios”⁸⁹. Vale asseverar, contudo, que, na verdade, tanto a *desconcentração*, como a *descentralização* administrativa, nas modalidades territorial e institucional, já existiam no Estado brasileiro, ainda que de forma pouco efetiva, dada à falta de ousadia dos administradores públicos, ainda excessivamente presos à rigidez da estrutura hierárquica administrativa nacional.⁹⁰

Da mesma forma, coube ao Decreto-Lei nº 200/1967 a consagração, por meio da normatização positiva, de institutos existentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros e que começavam a se desenvolver no Brasil, como as autarquias, as empresas públicas e as

⁸⁸ DIAS, José de Nazaré Teixeira. *A reforma administrativa de 1967*, Rio de Janeiro: 1969, p. 47 *apud* MEIRELLES, 2003, p. 705.

⁸⁹ MEIRELLES, 2003, p. 705.

⁹⁰ MEIRELLES, 2003, p. 705.

sociedades de economia mista.⁹¹ Consagrava-se, desse modo, no sentido de dotar a atividade administrativa de maior eficiência, distinção entre a Administração Pública *Direta* e a Administração Pública *Indireta*.

Além das noções de desconcentração e descentralização administrativas, o que implicou a adoção definitiva da concepção de Administração Pública Indireta no Estado brasileiro, o Decreto-Lei nº 200 fez menção expressa à temática do controle de resultados da atividade administrativa, conforme se depreende do disposto nos arts. 13 e 25, V⁹². Consagrou, também, no ordenamento jus-administrativo nacional, princípios como o do planejamento (arts. 6º, I e 7º), o da coordenação (arts. 6º, II e 8º), o da delegação de

⁹¹ Autarquia foi definida, no art. 5º, I, como "... o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada." Já empresa pública foi conceituada como "... entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo se revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito." Já a definição original de sociedade de economia mista foi modificada pelo Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969, o qual a conceituou como "... entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta." Quanto às fundações públicas, só vieram a integrar incontestavelmente a noção de Administração Indireta com a Lei 7.596, de 1987, alterando-se a redação original do Decreto-Lei 200. Foi então definida fundação pública como "... entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes."

⁹² *In verbis*: Art. 13. O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
- c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

[...]

Art 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

[...]

V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

competência (arts. 6º, IV e 11), o do controle (arts. 6º, V e 13) e o da supervisão (arts. 19 a 28).

Maria Tereza Dias considera esses princípios como síntese dos três pilares fundamentais desse movimento de reforma, quais sejam, normas sobre *organização administrativa*, sobre *coordenação e controle*, e sobre *planejamento e fiscalização financeira e orçamentária*.⁹³ Em conjunto, esses pilares básicos deveriam sustentar o rompimento do paradigma de Administração Pública ineficiente, porque excessivamente pesada, centralizada e irracional, rumo a Administração Pública mais eficiente, porque mais racionalmente estruturada e controlada.

Cumprido asseverar que, a despeito de se auto-atribuir a função de reformar a Administração Pública, muitos autores, conforme aponta Maria Tereza Dias, não consideram o Decreto-Lei nº 200/1967 verdadeira reforma administrativa. Referido instrumento cuidou, em grande medida, tão-somente em consagrar institutos que "... já existiam de forma esparsa no ordenamento jurídico positivo brasileiro e uma tendência, já presente nas reformas anteriores, de criação de novos órgãos nas *Administrações Direta e Indireta*."⁹⁴

Em que pese sua questionável capacidade inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, o que, de plano, não deve ser necessariamente encarado como o ponto fraco da reforma, a principal crítica a respeito do Decreto-Lei nº 200/1967 orienta-se no sentido de,

⁹³ DIAS, 2003, p. 189-191.

⁹⁴ DIAS, 2003, p. 185-186. A autora alude ao posicionamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em sua obra *Comentários à reforma administrativa federal: exegese do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pela legislação posterior*, 2ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1983, que concebia o Decreto-Lei nº 200 como "diploma todo especial", aglutinador de norma reguladoras administrativas esparsas.

conforme as reformas administrativas anteriores, não ter tido sucesso em implementar os princípios de uma verdadeira Administração Pública burocrática no Estado brasileiro.

A ineficiência dos controles, a ausência de supervisão efetiva, a contratação promíscua de funcionários sem concurso público, a excessiva outorga de autonomia às empresas estatais, a utilização patrimonialista dos entes descentralizados, bem como o aumento do poder administrativo estatal, tudo isso agravado por um regime autocrático que vedava qualquer abertura ao controle e participação sociais, foram desvios decisivos que comprometeram a eficácia da reforma carreada pelo Decreto-Lei nº 200/1967.⁹⁵

O desejo do então presidente Castello Branco, evidenciado em Mensagem proferida em 1965, a qual esclarecia ser o objetivo das medidas administrativas empreendidas em sua gestão conseguir "... que o setor público possa operar com a eficiência da empresa privada"⁹⁶, teria irremediavelmente que ser satisfeito nas próximas tentativas de reforma.

2.4.3 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 e a "Administração Pública gerencial"

As fracassadas tentativas de reforma, aliadas ao crescimento das iniquidades do Estado, o qual estava cada vez mais sobrecarregado de demandas, com correspondente maior incapacidade de atendê-las, por conta da penúria fiscal gerada pela crise do *Estado de Bem-Estar* entre as nações desenvolvidas e do *Estado Desenvolvimentista* nos países do Terceiro Mundo, propiciou terreno fértil para discussões teóricas a respeito de novos modelos institucionais para o setor público.

⁹⁵ DIAS, 2003, p. 194-195.

⁹⁶ Cf. DIAS, José de Nazaré Teixeira. *A reforma administrativa de 1967*, Rio de Janeiro: 1969, p. 54 *apud* DIAS, 2003, p. 189.

Nesse contexto, a burocracia administrativa passou a ser encarada como a responsável por todos os males, por ser considerada ineficiente *per se*, auto-referida e incapaz de satisfazer as demandas levadas ao Estado, visto que privilegiaria os *procedimentos* em detrimento dos *resultados*. Ao final do século XX, prognosticava-se, mundo afora, o fim da burocracia, concebendo sua extinção como *conditio sine qua non* para a emergência de Estado e Administração Pública eficientes.

Conforme assevera Emerson Gabardo, as teorias que surgem para superar a teoria burocrática têm em comum o fim da legitimidade da atuação estatal a partir de fundamentos *a priori*.⁹⁷ A preocupação excessiva com os procedimentos no paradigma burocrático da Administração Pública não mais teria condição de subsistir, por sua incapacidade de assegurar os melhores resultados para os cidadãos.

Assim, demonstra Wagner Carvalho que três teorias principais passam a ser discutidas como opções para reforma do Estado e da Administração Pública: a *Escola da Public Choice*, a *teoria do agente-principal* e a *teoria gerencial da Administração Pública* – todas elas tendo em comum a orientação pelo pragmatismo que fundamenta a ação estatal pelos resultados.⁹⁸

De acordo com a lição de Emerson Gabardo, a *Escola da Public Choice* na Administração Pública possui nítida implicação com a teoria econômica, por consagrar dogmas como o individualismo dos agentes públicos e dos cidadãos, tendentes todos à maximização de seus interesses. Os seguidores dessa teoria defendem que a “inter-relação dos egoísmos” acarretaria como resultante final a satisfação geral dos interesses comuns⁹⁹, advogando, inclusive, a inutilidade do Estado em implementar o bem coletivo. Não há

⁹⁷ GABARDO, 2002, p. 44-45.

⁹⁸ CARVALHO, 1997, p. 24.

⁹⁹ GABARDO, 2002, p. 45-46.

como deixar de fazer remissão às primeiras teorias econômicas do século XIX de cunho liberal, como a da “mão invisível” de Adam Smith.

Já a *teoria do agente-principal* baseia-se na análise das relações de regulação entre um indivíduo ou grupo de indivíduos (*agente*) responsável pela satisfação dos interesses de outro indivíduo ou grupo (*principal*). De ampla aplicabilidade nas teorias sociais, essa linha de pensamento adaptou suas diretrizes à Teoria Política no sentido de analisar as *interfaces* regulatórias da relação Estado-cidadão nos seguintes termos: como garantir a melhor forma de o Estado (*agente*) atender aos interesses dos cidadãos (*principal*)? Daí surgem questões como a necessidade de promover a *accountability* governamental, como forma de controle da sociedade sob a atuação dos agentes públicos, assim como a de se combater o insulamento do aparato burocrático como sistema auto-referido.¹⁰⁰

No entendimento de Emerson Gabardo, ambas as teorias, de forte cunho neoliberal, tiveram pouca influência na doutrina do Direito Administrativo brasileiro. Com efeito, o “combate à burocracia” no Brasil acabou optando pela *teoria do gerencialismo* na Administração Pública, cujos direcionamentos, expostos na paradigmática obra dos americanos David Osborne e Ted Gaebler, “*Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*”, influenciaram decisivamente os rumos da reforma administrativa do primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso, consubstanciada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995.¹⁰¹

Referido Plano, idealizado pelo então ministro da Administração e da Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, consiste em documento consolidado das principais diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública brasileira rumo à gestão eficiente

¹⁰⁰ Cf. PRZEWORSKI, 1998.

¹⁰¹ GABARDO, 2002, p. 46.

da coisa pública. Possui como pressuposto básico a ineficiência do modelo burocrático de Administração Pública, o qual deveria ser substituído pelo paradigma da *Administração Pública gerencial*. Nesse sentido, assevera Bresser Pereira que:

... a administração pública burocrática, que Weber descreveu como uma forma de dominação 'racional-legal', trazia embutida uma contradição intrínseca. A administração burocrática é racional, nos termos da racionalidade instrumental, na medida em que adota os meios mais adequados (eficientes) para atingir os fins visados. É, por outro lado, legal, na medida em que define rigidamente os objetivos e os meios para atingi-los na lei. Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem poder adotar decisões, sem usar seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei. No século dezenove, quando a administração pública burocrática substituiu a patrimonialista, isto representou um grande avanço no cerceamento da corrupção e do nepotismo. Entretanto, no século vinte, quando o Estado cresceu e assumiu novos papéis, ficou patente a ineficiência inerente a esse tipo de administração.¹⁰²

Segundo o mentor da reforma administrativa do Governo Fernando Henrique, a *Administração Pública gerencial* – também por ele denominada “nova administração pública” – teria como características: orientação da atividade estatal para o cidadão-usuário ou cliente; foco no controle de resultados em detrimento do controle de procedimentos; fortalecimento das carreiras específicas de Estado; segregação das unidades planejadoras das unidades executoras de políticas públicas; adoção de agências executivas – responsáveis pelas atividades exclusivas de Estado – e das organizações sociais, às quais competiria exercer funções não-exclusivas de Estado; melhoria dos controles sociais e instituição de “quase-mercados” (setor onde ocorre a competição administrada); e a terceirização das atividades de apoio e auxiliares ao setor público.¹⁰³

No corpo do Plano Diretor elaborado por Bresser Pereira estariam consubstanciadas quatro etapas a serem cumpridas para a introdução da Administração Pública gerencial no Estado brasileiro: a definição dos setores de atuação do Estado, os objetivos de cada setor,

¹⁰² PEREIRA, 1997, p. 41.

¹⁰³ PEREIRA, 1997, p. 42.

a estratégia de transição e os projetos específicos a serem executados para cada estratégia.¹⁰⁴

Em apertada síntese, as atividades do Estado foram divididas em *núcleo estratégico* e *setor das atividades exclusivas de Estado*, englobando as atividades do Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, parte do Poder Executivo (a responsável pelo planejamento das políticas públicas, além de segurança e fiscalização), cujas carreiras deveriam ser fortalecidas; *setor das atividades não-exclusivas de Estado*, como saúde, educação e promoção científica e tecnológica, atividades que deveriam passar por processo de “*publicização*”, entendido como transferência da execução dessas atividades ao *setor público não-estatal*, também conhecido como *Terceiro Setor*; e *setor das atividades de produção de bens e serviços para o mercado*, que deveriam deixar de ser executadas pelo Estado, sofrendo processo puro e simples de *privatização*.¹⁰⁵

Definidos os setores e fixados macro objetivos para cada um deles, noticia Emerson Gabardo que o Plano Diretor tratou de cuidar da estratégia de transição, que incluía o desenvolvimento de diversos projetos específicos, a qual possuía três frentes principais: a *dimensão institucional-legal*, que visava à instituição de marco constitucional e infra-constitucional apto a garantir juridicidade à reforma; a *dimensão cultural*, no sentido de promover a mudança da mentalidade dos agentes públicos para uma cultura gerencial; e a *dimensão de gestão*, caracterizada pela introdução de instrumentos gerenciais pouco ou nada conhecidos do setor público brasileiro, como programas de qualidade e de aferição de

¹⁰⁴ GABARDO, 2002, p. 56.

¹⁰⁵ PEREIRA, 1997, p. 21-31.

desempenho, além da normatização de novas modalidades de entes descentralizados, como as agências executivas e reguladoras e as organizações sociais.¹⁰⁶

Cumpra assinalar que a primeira dimensão citada, a *institucional-legal*, teve como produtos básicos a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como a “Emenda da Reforma Administrativa”, e a Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro do mesmo ano, responsável pela reforma da previdência social no Estado brasileiro. A Emenda nº 19/1998 possui singular importância na medida em que se constituiu no marco jurídico que constitucionalizou explicitamente a eficiência como princípio da Administração Pública e o instituto da avaliação de desempenho do servidor público, objeto principal deste trabalho.

Observa-se que, se a dimensão *institucional-legal* obteve relativa eficácia em sua implementação, na medida em que grande parte do marco legal foi instituído, ainda que por meio das famigeradas medidas provisórias¹⁰⁷, o mesmo não pode ser dito em relação às demais dimensões de transição da reforma.

Projetos que visavam à valorização do servidor público acabaram se perdendo na retórica pura e simples do Governo, contradita pelo arrocho da remuneração dos servidores públicos, que ficaram anos sem reajustes.

Já o processo de *publicização*, além de ter sofrido severas críticas de diversos setores da sociedade civil organizada e das associações de classe dos servidores públicos, também não prosperou pela falta de recursos necessários para promover transferência

¹⁰⁶ GABARDO, 2002, p. 56-57.

¹⁰⁷ Maria Tereza Dias (2003, p. 214-215) considera a edição desmesurada, nesse período, de medidas provisórias como uma dos principais fatores de comprometimento da aceitação dos fundamentos da reforma gerencial pela base social interessada, representada pelos cidadãos comuns e pelos servidores públicos.

responsável de atividades tão relevantes, como promoção da saúde e educação, para o setor “público não-estatal”.

O mesmo pode ser dito em relação ao processo de instituição de agências executivas (dada à falta de interesse das autarquias em buscar essa nova qualificação, em virtude da ausência de efetivas autonomias compensatórias) e aos programas de qualidade do serviço público, carentes de recursos de modo geral e distantes da realidade institucional do serviço público brasileiro.

Assim, apesar da aprovação de vários instrumentos legais promotores da “nova administração pública”, a transição de uma *Administração Pública burocrática* rumo à *Administração Pública gerencial* acabou ficando pelo caminho.

A despeito do fato de que a *Administração Pública gerencial* não tenha se desenvolvido no grau desejado pelos mentores da reforma de 1995 por questões eminentemente práticas, cumpre destacar que as diretrizes dessa tal mudança de paradigma padeciam (e ainda padecem) de equívocos intrínsecos em sua concepção, que invariavelmente comprometeriam sua fiel implementação no contexto atual do Estado brasileiro.

Um dos pontos centrais da reforma proposta por Bresser Pereira fundamenta-se na premissa de que a *Administração Pública burocrática* é *per se* ineficiente. Na verdade, tal como demonstrado na seção 2.3, a burocracia weberiana traz, como sua essência, a preocupação com os resultados da atividade organizacional. Ainda que a palavra “eficiência” jamais tenha sido o mote do modelo weberiano de burocracia, não considerá-la explicitamente como elemento desse arranjo institucional consiste em grave equívoco teórico-metodológico.

Vale lembrar que Weber acreditava que a *legitimação procedimental* seria suficiente para se atingir o melhor resultado perseguido por uma organização burocrática, desde que, claro, fossem seguidos fielmente os preceitos da verdadeira estrutura racional-legal. Conforme assevera Katie Argüello, citada por Emerson Gabardo, o próprio Weber temia que a burocracia pudesse se desvirtuar, deixando de lado “... o âmbito da eficiência técnico-administrativa, para converter-se em aparato de determinação dos fins estatais.”¹⁰⁸

Nesse sentido, expõe Raymundo Faoro que cumpre não confundir “... o estado patológico com o estado natural, em situações de labilidade que, apesar de aproximações empíricas, mantêm a distância dos tipos ideais”.¹⁰⁹ Segundo referido autor, a bibliografia sobre o tema tem insistido equivocadamente em confundir “estamento burocrático” e “modelo burocrático”, aquele sim se constituindo em verdadeiro fardo a ser combatido dentro das organizações. Na sua lição:

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria ao Estado e à empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar as técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades num jogo de palavras fértil em equívocos.¹¹⁰

Outra diretriz da reforma administrativa gerencial que merece ser questionada consiste no pressuposto de se compreender Estado e Administração Pública como empresas privadas, o que Emerson Gabardo denomina “empresomania”.¹¹¹ Na verdade, tal entendimento se apresenta perigosamente reducionista, visto que não apenas os fins buscados pelo Estado (bem-comum) como os meios de que para tanto se utiliza (legalidade, legitimação social) diferem daqueles da organização privada (que, *grosso*

¹⁰⁸ ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade – direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 86 *apud* GABARDO, 2002, p. 36.

¹⁰⁹ FAORO, 2000, p. 372.

¹¹⁰ FAORO, 2000, p. 372.

¹¹¹ GABARDO, 2002, p. 60.

modo, visa ao lucro econômico por meio de qualquer procedimento não proibido pela ordem jurídica).

Como consequência, inserir, sem adequada adaptação fundamentada em estudos suficientemente aprofundados, conceitos e instrumentos da gestão privada no âmbito da Administração Pública subverte toda a racionalidade de atuação do setor público estatal. Dessa feita, noções como as de “qualidade total” e de “cidadão-cliente” ficam deslocadas no contexto da *praxis* pública.

Pode-se dizer que o emprego desses conceitos de forma indevida e reducionista contrasta, até mesmo, com a sistemática constitucional de 1988, que exalta, por exemplo, como fundamentos do Estado brasileiro, a cidadania “pura” (art.1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como objetivos, a construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a promoção do bem de todos indistintamente (art. 3º, IV).

Por todo o exposto, há que se refletir sobre a real necessidade, no Estado brasileiro, de se superar modelo de Administração Pública burocrática ainda não implementado em sua plenitude e que tampouco tem encontrado terreno fértil para seu pleno desenvolvimento, antes de se defender incisivamente transição para novo tipo de *Administração Pública gerencial*, a qual, apesar de se orientar na busca quase obsessiva pela eficiência na gestão da coisa pública, pauta-se em premissas equivocadas. Por que não se persegue o aprimoramento do modelo ora vigente, superando-se os obstáculos à sua implementação e nele inserindo novas diretrizes e concepções, sem, contudo, desvirtuar sua essência original?

Destarte, cumpre estar alerta para o fato de que, sob flébil retórica de se condenar a *Administração Pública burocrática*, compreendendo-a no sentido pejorativo do termo, sem se atacarem as reais causas da ineficiência administrativa, como o corporativismo, o

nepotismo, a corrupção e a falta de investimento em capital humano, muitos avanços e instrumentos de proteção e promoção da cidadania e legitimação do interesse público, conquistados ao longo das últimas décadas e encrostados na Carta Magna de 1988, podem desnecessariamente ser postos em xeque por supostamente comprometerem a eficiência da máquina pública.

E sob o estandarte de um “novo” paradigma administrativo, de cunho “gerencial”, que reflete tendência contemporânea de “fuga para o direito privado”¹¹², corre-se o risco de que o interesse público se torne refém de interesses privados e que a Administração Pública seja instrumentalizada com técnicas de gestão excessivamente flexíveis, incapazes de referendar e satisfazer adequadamente os fiéis interesses da coletividade.

Sem embargo de todas as críticas e problemas por que passou e tem passado, ao longo do último decênio a reforma gerencial idealizada por Bresser Pereira teve, conforme já mencionado, como um de seus principais e inegáveis produtos a inclusão do princípio da *eficiência* em nível constitucional.

A toda evidência, a juridicização da eficiência no Estado brasileiro se deu de forma contundente e inquestionável, embora persistam muitas dúvidas doutrinárias sobre a relevância, a necessidade, a aplicabilidade, a amplitude, a própria juridicidade e o conteúdo desse novo conceito.

¹¹² Maria João Estorninho (1996, p. 79) retrata este período contemporâneo como estágio em que se agrava a promiscuidade entre o público e o privado, evidenciando-se verdadeiro estado de “esquizofrenia”, que destrói a “unidade do ego e da imagem do corpo”, fragmentando, rasgando e dispersando o regime jurídico-administrativo, que passa a ser um “fantasma de corpo desconjuntado”.

A próxima seção tratará justamente de debater sobre e tentar superar muitas dessas perplexidades, alertando para o fato de que diversos institutos, como o da avaliação de desempenho do servidor público, alcançaram novo *status* jurídico devido à constitucionalização desse novo princípio.

2.5 Da relevância da constitucionalização da eficiência como princípio do ordenamento jurídico brasileiro

Nesta sede, objetiva-se discutir o real sentido de se haver constitucionalizado a *eficiência* como princípio jurídico e sobre o papel a ser desempenhado por essa novel diretriz constitucional.

Inicialmente cumpre resgatar, como exposto ao longo deste capítulo, que a idéia de *eficiência* encontra-se *implícita* na noção de *Administração Pública*, por conta da influência das doutrinas científicas da Administração (*taylorismo* e *fayolismo*) e da concepção de Administração burocrática weberiana.

Não há que se cogitar administração – pública ou privada – que não se interesse pela consecução dos melhores resultados em favor daqueles para quem (ad) ministra; apenas o enfoque difere: sob a perspectiva privada, os objetivos organizacionais pautam-se no lucro por qualquer meio idôneo, não antijurídico, ao passo que da perspectiva pública, a função administrativa objetiva o bem-comum, a ser alcançado por instrumentos que se orientam pelas prerrogativas e sujeições inerentes ao regime jurídico-administrativo.

De todo modo, sob uma ou outra perspectiva, não cabe conceber administração sem *eficiência*, isto é, sem o atendimento às finalidades organizacionais, da melhor maneira possível, tendo em vista os recursos disponíveis. E, como bem chama atenção Paulo

Modesto, “Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente.”¹¹³

Deve-se esclarecer, também, que, sem embargo do entendimento de que Administração Pública já incorpora, em sua essência, a noção de *eficiência*, diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico nacional já dispunham implícita ou explicitamente sobre a eficiência na Administração Pública. O Decreto-Lei nº 200/1967, conforme visto, em seus arts. 13 e 25, V já se preocupava com o controle de resultados da atividade administrativa.

Mais recentemente, diversas leis trataram, específica e setorialmente, do tema da eficiência. A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu art. 22, consagra, ao usuário de serviços públicos, o direito de prestação adequada, eficiente e segura. Já a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 6º, §1º, determina que toda concessão ou permissão de serviço público tenha como premissa a prestação aos usuários de serviço adequado, entendido este como o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, *eficiência*, entre outras. Da mesma forma, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), fazem menção, respectivamente em seus §1º do art 4º e art 3º, III, à exigência de qualidade dos serviços públicos prestados no âmbito de atuação da regulatória de cada uma delas.

A própria redação original da Constituição da República de 1988, em diversos artigos faz referência expressa à *eficiência* ou a algumas de suas facetas. É o que se conclui da leitura do art. 70, que trata do princípio da *economicidade* no controle das contas públicas do Poder Executivo, a cargo do Tribunal de Contas. No mesmo sentido, prevê-se,

¹¹³ MODESTO, 2000, p. 5.

no art. 74, II, a instituição de sistema de controle interno pelos Poderes com base na avaliação de resultados quanto à eficácia e *eficiência*. Por fim, o art. 144 determina observância da eficiência nas atividades de segurança pública e o art 175, parágrafo único, IV, a prestação de serviços públicos adequados, fundamento da já citada Lei nº 8.987/1995.

Em face do exposto, indaga-se: por qual razão – se é que se pode conceber alguma razão relevante – o constituinte derivado entendeu necessária a constitucionalização expressa da eficiência como princípio no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988?

Três posicionamentos podem ser destacados para responder a essa indagação: um primeiro, no sentido de que a constitucionalização expressa não teve maior relevância no ordenamento jurídico nacional; um segundo, contradizendo o primeiro, ao argumentar que a concessão de *status* constitucional a esse princípio veio orientar a hermenêutica constitucional em relação a diversos instrumentos jurídicos já existentes que possuem direta implicação com a questão da eficiência, fortalecendo seu âmbito de aplicabilidade; e, finalmente, um terceiro, que defende ter a eficiência adquirido o papel de fundamento constitucional para o advento de novos instrumentos legais e arranjos jurídicos pautados essencialmente na idéia de *informalização*, entendida – sem eufemismo – como fuga do regime da legalidade estrita.

Em relação ao primeiro posicionamento, cumpre expor a argumentação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes que, recriminando os idealizadores da reforma gerencial iniciada em 1995, assevera que a “... eficiência jamais será princípio da Administração Pública”, tendo sempre sido “finalidade” da mesma¹¹⁴. E acrescenta que sua inclusão no *caput* do art.

¹¹⁴ LOPES, Comentários à Reforma Administrativa. São Paulo: RT, 1998, p. 108 *apud* MOREIRA, 2003, p. 176.

37 da Carta Magna consistiu em exercício de imaginação do constituinte derivado, "... sem qualquer critério e sem qualquer relevância jurídica."¹¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, considera o princípio da eficiência "... uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da 'boa administração'"¹¹⁶, e, apesar de desejável, dada sua fluidez e dificuldade de controle jurisdicional "... mais parece um adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto."¹¹⁷

Em que pesem os notórios argumentos mencionados, no sentido de que a *eficiência*, antes que princípio, consiste em "finalidade" ou "aspiração" da Administração Pública, importa questionar se impeditivo existe em se compreender finalidade ou aspiração como princípios.

Afinal, conforme defende Roberto Sorbilli Filho, caso esse entendimento prosperasse, não caberia conceber *moralidade e impessoalidade* como princípios constitucionais, na medida em que se apresentam também como aspirações ou finalidades da Administração Pública. Ressalta ainda, com efeito, que "O princípio nada mais é do que uma diretriz, visando atingir uma determinada finalidade muitas vezes óbvia, embora tantas vezes inobservada."¹¹⁸

Na verdade, Roberto Sorbilli Filho defende a segunda posição, de acordo com a qual o princípio da eficiência possui incontestável relevância hermenêutica no âmbito constitucional. Chama ele atenção para o fato de que os doutrinadores que questionam a

¹¹⁵ LOPES, *Comentários à reforma administrativa*, São Paulo: RT, 1998, p. 109 *apud* MOREIRA, 2003, p. 176.

¹¹⁶ MELLO, C. A. B., 2002, 104.

¹¹⁷ MELLO, C. A. B., 2002, p. 104.

¹¹⁸ SORBILLI FILHO, 2001, p. 98.

real necessidade ou importância da constitucionalização do princípio em tela, por entenderem essa orientação implícita na própria idéia de atividade administrativa, deveriam, seguindo mesma lógica, questionar a necessidade de constitucionalização expressa de outros princípios, como o da moralidade e o da legalidade.¹¹⁹

Afinal, conforme reputa o professor mineiro, referindo-se ao princípio da moralidade, “Alguém admitiria uma organização administrativa que ignorasse princípios éticos basilares...?”. Da mesma forma, como conceber um Estado de Direito alheio ao “império da lei”? – fazendo, obviamente, menção ao princípio da legalidade.¹²⁰

O que se depreende de seu raciocínio é que a constitucionalização expressa desses princípios não visam, na verdade, à introdução de concepções jurídicas inovadoras, haja vista que representam, em sua maioria, implicações necessárias do Estado Democrático de Direito a que a Constituição da República de 1988 se refere. O que se persegue, de fato, com a consagração expressa desses princípios em nível constitucional, é o reforço desses valores, a dirimição de qualquer dúvida a respeito de sua plena aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional. Conforme assevera Roberto Sorbilli Filho:

Na realidade, tem-se, desse modo, uma maneira de se instrumentalizar, com maior segurança, o intérprete-aplicador da lei, de dissipar quaisquer dúvidas quanto às noções essenciais do ordenamento jurídico, que deverão ser observadas, com rigor, não apenas por quem aplica o Direito, mas, sobretudo, por quem o constrói (especialmente o legislador).¹²¹

Já Egon Bockmann Moreira, após inicialmente criticar a constitucionalização desse princípio para depois se conformar com a realidade colocada e buscar uma *interpretação conforme* a Constituição, maximizadora do escopo de aplicabilidade da novel diretriz,

¹¹⁹ SORBILLI FILHO, 2001, p. 99.

¹²⁰ SORBILLI FILHO, 2001, p. 99.

¹²¹ SORBILLI FILHO, 2001, p. 99.

reconhece relevante valor hermenêutico do princípio da eficiência, no sentido de impor “nova forma de controle” à atividade administrativa.¹²²

Para referido autor, o princípio da eficiência estabelece parâmetros a serem levados em conta no controle da atuação da Administração Pública. Tais parâmetros consistem na necessidade de se interpretar os princípios arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 de forma compreensiva, coesa e harmônica; na compreensão do princípio da eficiência como norma maximizadora do princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado no art 1º, III, da Lei Maior; na concepção de eficiência como “diretriz de controle *interna corporis* da Administração Pública”, fundamentando os programas de aferição de desempenho institucional dos órgãos e individual dos agentes componentes da estrutura administrativa; e, finalmente, na consideração da eficiência como critério para o “... controle de metas administrativas preestabelecidas em normas legais e/ou regulamentares e contratuais.”¹²³

Quanto ao posicionamento dos que defendem a constitucionalização do princípio da eficiência como autorização constitucional para flexibilização e informalização, em determinadas situações, da atividade administrativa, há que se destacar que tal concepção só poderá ser admitida de forma relativizada.¹²⁴

Com efeito, os princípios constitucionais de mesmo nível, como o da *legalidade estrita* e o da *eficiência*, considerados como princípios constitucionais *sectários* porque

¹²² MOREIRA, 2003, p. 179-180.

¹²³ MOREIRA, 2003, p. 180-183.

¹²⁴ Esse entendimento é o que se depreende do pensamento dos mentores da reforma administrativa gerencial, iniciada no primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso, para quem a atividade administrativa pública seria por demais “amarrada”, carecedora, pois, de instrumentos mais flexíveis, capazes de dar resposta mais imediata às demandas da sociedade. Por essa razão, conforme ressalta Emerson Gabardo (2002, p. 99), teria sido inserido no texto constitucional o princípio da eficiência, tido como princípio exclusivo da Ciência da Administração, para orientar a melhor atuação administrativa. Para “desespero” desses reformadores, o princípio da eficiência acabou se consolidando como princípio do Direito Administrativo, sujeitando-se a toda carga principiológica a que este ramo do Direito se submete.

primordialmente informadores apenas da atividade da Administração Pública, devem ser interpretados implicadamente.¹²⁵ Em que pese o fato de o princípio da legalidade estrita não ser mais importante que o da eficiência, a aplicação deste jamais poderá ser feita olvidando-se aquele.

Destarte, não se concebe, no ordenamento jurídico nacional, a adoção, por parte da Administração Pública, de instrumentos jurídicos excessivamente informais a ponto de não se reportarem, em medida alguma, a qualquer fundamento legal, apenas sob o argumento de (sobre)valorização do princípio da eficiência ou de uma de suas facetas (como a celeridade, por exemplo). Da mesma feita, não se pode admitir o desenvolvimento de atividade administrativa excessivamente apegada à lei, sem preocupação com a melhor forma de se atingir as finalidades públicas. Em outras palavras, da mesma forma que não é válida atividade administrativa que, embora eficiente, não possua fundamento legal, não deve subsistir atividade administrativa que atenda apenas ao princípio da legalidade estrita, em detrimento da eficiência, bem como dos demais princípios arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, pode-se asseverar que a constitucionalização expressa do princípio da eficiência, empreendida pelo constituinte derivado da Emenda nº 19/1998, implicou notável reforço desse valor no âmbito da hermenêutica constitucional, não apenas no que se refere à valorização e consagração de institutos jurídicos que já possuíam relação mais

¹²⁵ Na verdade, ainda que se questione a existência de hierarquia entre princípios jurídicos, mormente os constitucionais, deve-se considerar que, dentro da própria Constituição, há princípios, de caráter conformador, que orientam toda a organização estatal brasileira, como o princípio *democrático*, consagrado no Título I, *caput* do art. 1º. Já os princípios constitucionais arrolados no *caput* do art. 37, como o da *legalidade (estrita)* e o da *eficiência*, possuem sua aplicabilidade restrita à atividade da Administração Pública, da mesma forma que, por exemplo, os princípios constitucionais definidos no art. 170, V e VI, respectivamente o da *defesa do consumidor* e o da *defesa do meio ambiente*, são sectários da ordem econômica. De todo modo, tanto os princípios da Administração Pública, como quaisquer outros sectários na Constituição, devem ser interpretados em consonância dos princípios maiores, como os determinados no Título I da Constituição da República.

imediate com a eficiência, mas também impondo, a partir de então, a necessidade de a Administração Pública verificar, em toda e qualquer modalidade de sua atuação, a melhor forma de se atender à finalidade pública. Portanto, antes que tornar fundamento a alternativas tangentes à *legalidade estrita*, a *eficiência* se consolidou como mais um critério a que a Administração Pública cumpre observar em sua atuação cotidiana.

2.6 Do conteúdo jurídico do princípio da eficiência

Compreendido o real impacto da constitucionalização da eficiência como princípio constitucional, resta analisar o conteúdo que se deve atribuir a esse princípio jurídico. Esta seção se inicia empreendendo debate no sentido de refutar posicionamento daqueles que negam juridicidade à eficiência, passando, então, para incursões no Direito Comparado, para, enfim, apontar entendimento possível do que seria eficiência no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

2.6.1 Da possibilidade de se atribuir conteúdo jurídico à eficiência

Até o momento, neste trabalho, *eficiência* tem sido compreendida, ordinariamente, como a exigência de atendimento às finalidades organizacionais, da melhor maneira possível tendo em vista os recursos disponíveis, numa concepção nitidamente privatística, explicada pelo fato de que o tema foi inicialmente estudado pela Administração Científica voltada para o atendimento das demandas das organizações privadas.

Em vista dessa gênese, muitos autores negam possibilidade de se atribuir algum conteúdo jurídico à eficiência. Trata-se, por exemplo, do entendimento de Egon Bockmann Moreira, para quem a concepção da eficiência como princípio jurídico da Administração Pública carece de sentido, na medida em que se trata de máxima "... típica da Administração e Economia, que se referem basicamente ao desempenho de entes privados."¹²⁶ Acrescenta o autor que a eficiência jamais será princípio jurídico, quanto mais constitucional, por não guardar vínculo algum com a Ciência do Direito e também por não estar inserido na tradição histórica das Constituições brasileiras.¹²⁷

No entanto, quem se arroga o monopólio de definir, *a priori*, o que possui ou não conteúdo jurídico? Tendo em vista o fato de que o desenvolvimento do Direito em muito se apropria dos valores da realidade da dinâmica social, não se pode conceber, de antemão, um valor ou princípio como jurídico ou não. A Constituição, além de ser, por excelência, o grande vetor jurídico de um Estado, retrata também sua opção política e social, pelo que os valores e princípios nela incorporados, ainda que provenientes de setores do conhecimento humano em princípio estranhos à Ciência do Direito, adquirem juridicidade incontestável.

Não cabe, portanto, negar possibilidade de conteúdo jurídico à eficiência tão-somente pelo fato de que se trata de princípio originário das ciências administrativas e econômicas, até porque, a rigor, outros princípios, como o da moralidade, arrolado no *caput* do art. 37 da Constituição, por ter advindo da Ciência *Ética* deveria, então, ter sua juridicidade também questionada.

¹²⁶ MOREIRA, 2003, p. 158.

¹²⁷ MOREIRA, 2003, p. 159. Vale ressaltar que, sem abrir mão da crítica de que eficiência nada tem a ver com Direito, referido autor acaba reconhecendo a incontestável positividade desse princípio, buscando, meio a contragosto, a melhor forma de compreendê-lo, concluindo pela importância da eficiência como "nova forma de controle" da atividade administrativa, tal como exposto na seção 2.5 deste capítulo.

Nesta seara, parece ser a posição do professor Paulo Modesto a mais acertada, ao asseverar que "... não se pode, em qualquer caso, recusar a *positividade*, a *operatividade* e a *validade* jurídica do princípio da eficiência sob o argumento de que seu conceito foi tradicionalmente desenvolvido pela sociologia e pelas ciências econômicas"¹²⁸, acrescentando ainda que:

O termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência; é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.¹²⁹

Resta claro que os juristas devem se ocupar em conceber conteúdo ao princípio da eficiência, o qual, sem negar sua necessária pertinência com os conceitos das ciências administrativas e econômicas, não a eles se restrinja, incorporando subsídios teóricos dentro do ordenamento jurídico. No caso brasileiro, especificamente, por estar imbricado no texto da Carta Magna de 1988, o conteúdo jurídico de eficiência não pode deixar de levar em conta as diretrizes constitucionais superiores.

Antes, porém, de se empreender tentativa no sentido de definição de conteúdo do princípio da eficiência no ordenamento nacional, vale trazer à discussão noções da doutrina europeia a respeito do conteúdo do princípio da eficiência nos diversos ordenamentos jurídicos locais.

¹²⁸ MODESTO, 2000, p. 2.

¹²⁹ MODESTO, 2000, p. 2.

2.6.2 Da eficiência no Direito italiano

O termo eficiência não foi positivado expressamente na Itália como se fez no Brasil. A Constituição da República Italiana de 1948 faz, na verdade, menção ao princípio do *bom andamento* da Administração, no §1º do art. 97.¹³⁰

De acordo com Antonio Andreani, a tendência doutrinária nesse país consiste em considerar o princípio do *bom andamento* como equivalente ao dever técnico de boa administração ou eficiência. No entanto, boa parte da doutrina italiana entende que esse princípio constitucional estaria diretamente implicado com a questão da organização administrativa, exigindo da atividade administrativa apenas *potencialidade* de eficiência. Assim, o princípio do *bom andamento* seria respeitado se a ação administrativa fosse estruturada de forma a se tornar potencialmente eficiente, mesmo sem a avaliação concreta desse resultado.¹³¹

Todavia, Antonio Andreani entende que esse princípio constitucional possui aplicabilidade muito mais ampla que apenas a orientação em relação à organização ou à potencialidade da função administrativa. Destarte, o princípio do *bom andamento* informaria tanto o aspecto *estático* quanto o *dinâmico* da Administração Pública, englobando em si o critério da eficiência (notadamente privatístico), para avaliação dos resultados da atividade administrativa.¹³²

¹³⁰ *In verbis*: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione.”

¹³¹ ANDREANI, Antonio. *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, 1979, p. 19-23 *apud* MOREIRA, 2003, p. 170.

¹³² ANDREANI, Antonio. *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, 1979, p. 24-25 *apud* MOREIRA, 2003, p. 170 - 171.

Em outros autores, como Guido Falzone e Franco Bassi, a questão da eficiência na Administração Pública apresenta-se difusa nos debates sobre a concepção do princípio da *boa administração*.¹³³ Este princípio impõe aos administradores estatais obediência a critérios diligentes na gestão da coisa pública, sem, contudo, sugerir obsessão pela solução ótima, mas tão somente com a solução mais adequada. Associam a inteligência do administrador público à do *bonus pater familias* do direito privado.

Percebe-se que *bom andamento* ou *boa administração* são os nomes do princípio da *eficiência* no Direito italiano. Com efeito, o termo *eficiência* em si não foi tratado de forma autônoma pelos juristas da “Bota”, mas como critério de avaliação da atividade administrativa, que envolve ponderação da relação entre meios e fins (ou seja, ainda concepção predominantemente economicista).

2.6.3 Da eficiência no Direito espanhol

Como na Itália, o termo *eficiência* não foi expressamente positivado na Constituição espanhola. A Carta Magna hispânica de 1978 faz menção literal, em seu art. 103.1, à *eficácia*, bem como a outros valores mais intimamente relacionados com a melhor forma de organização administrativa, como a hierarquia, a descentralização, a desconcentração e a coordenação.¹³⁴

¹³³ Essa assertiva se fundamenta nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 104) e Egon Bockmann Moreira (2003, p. 171), os quais se referem respectivamente aos trabalhos de Guido Falzone (*Il dovere de buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953) e de Franco Bassi (*Lezioni di diritto amministrativo*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 1995).

¹³⁴ *In verbis*: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” Interessante ressaltar que, tal como no Brasil, há, na Espanha, autores, como Garrido Falla (*Comentarios a la constitución*, 1980, p. 1.027 *apud* MOREIRA, 2003, p. 165), que questionam a real necessidade de positivação da eficácia como princípio constitucional da Administração Pública, visto que tal concepção já seria a ela inerente.

Entretanto, a noção de eficiência vem positivada como critério a ser seguido pela atuação da Administração Pública, conforme expresso no art. 3.2 da Lei nº 4/1999, conhecida como Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.¹³⁵

Embora reconhecidamente princípios com escopos jurídicos diferenciados, boa parte dos doutrinadores espanhóis tem compreendido a concepção de eficácia nitidamente relacionada com a idéia de eficiência administrativa, inserido-a no contexto maior de busca de uma Administração Pública mais preocupada com os cidadãos.

Em face desse raciocínio, Luciano Parejo Alfonso afirma que, enquanto a *eficácia* estaria mais relacionada com a melhor maneira de se estruturar a Administração Pública de modo a viabilizar a ela plenas condições para produção dos resultados visados pelo Estado, a *eficiência* seria entendida como “princípio substantivo de programação e execução do gasto público”, numa clara concepção economicista.¹³⁶

Nota-se, pois, que na Espanha, no sentido de potencializar os resultados da ação estatal em face das demandas da sociedade, seu ordenamento jurídico consagra tanto a *eficácia* quanto a *eficiência* como princípios distintos, os quais, todavia, devem operar implicadamente – o primeiro orientando o modo de organização administrativa, o segundo, controlando intimamente a questão fiscal do Estado.

¹³⁵ *In verbis*: “Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.”

¹³⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia, principio de la actuación de la administración. *Eficacia y administración*: tres estudios. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995, p. 99-105 *apud* MOREIRA, 2003, p. 166.

2.6.4 Da eficiência no Direito português

Também em Portugal, ao princípio da eficiência não foi atribuído *status* constitucional. De todo modo, a Lei Maior dos portugueses alude, em seu art. 81, especialmente nas alíneas “c” e “e”, sobre a eficiência como valor informador específico da atividade pública empresarial¹³⁷; em seu art. 267º, ao princípio da *desburocratização*¹³⁸; e, como expõe João Carlos S. Gonçalves Loureiro, nas normas que exigem *formas expeditas*

¹³⁷ *In verbis*: “Art. 81º. Incumbências prioritárias do Estado. Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

[...]

c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;

[...]

e) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;”

Há quem considere, como Roberto Sorbilli Filho (2001, p. 103), que em virtude do art. 10. do Código de Procedimento Administrativo (Lei 32/1991), a orientação da referida norma constitucional tem aplicabilidade a toda atividade administrativa pública do Estado lusitano.

¹³⁸ *In verbis*: “Art. 267º. Estrutura da Administração

1 A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

2 Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.

3 A lei pode criar entidades administrativas independentes.

4 As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos.

5 O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

6 As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.”

de decisão, em procedimentos especialmente relacionados com a efetivação de direitos fundamentais, como no caso dos procedimentos de asilo¹³⁹.

Em relação à eficiência mencionada no art. 81, percebe-se que se trata de fundamento da atividade do Estado empresarial português no sentido de buscar a otimização dos investimentos estatais no setor privado. Salta aos olhos a intimidade que este valor nutre com a persecução da eficiência das organizações privadas, pelo que se conclui que essa “eficiência” da Constituição lusitana não se confunde com o princípio do *buon andamento* da Constituição italiana, tampouco com o princípio da *eficacia* da Constituição espanhola.

Quanto ao princípio da *desburocratização*, não há que se negar sua implicação direta com a questão da eficiência na Administração Pública. J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira relacionam esse princípio, de forma incisiva, com a busca de estrutura administrativa promotora de um Estado Democrático e que viabilize o fim da dualidade entre, de um lado, a classe política e a burocracia, e de outro, a sociedade civil; a superação de uma Administração Pública voltada para seus próprios interesses e não os da sociedade; e a valorização da transparência no modo de agir estatal.¹⁴⁰

Já em expedientes tipicamente relacionados com a efetivação de direitos humanos fundamentais, como é o caso do pedido de asilo político, o alongamento desse processo, antes que representar garantia aos direitos do postulante, pode causar-lhe prejuízo irreparável.¹⁴¹ Nesses casos, a eficiência se confunde com celeridade em face da natureza do procedimento e do resultado útil que se persegue.

¹³⁹ LOUREIRO, 1995, p. 133.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 927 *apud* MOREIRA, 2003, p.172.

¹⁴¹ LOUREIRO, 1995, p. 143-144.

No entanto, empreende João Carlos S. Gonçalves Loureiro interpretação que não se limita ao texto da Carta Magna nacional, ao defender que, em realidade, "... o princípio da eficiência tem dignidade constitucional", bastando para tanto "... lançar mão da cláusula do Estado Social, como faz entre nós Barbosa de Melo."¹⁴²

Quanto ao conteúdo jurídico da eficiência, Gonçalves Loureiro o analisa sob duas perspectivas: sentido *amplo* e sentido *estrito*.

Eficiência, em sentido lato, deve ser entendida como "... alternativa global ao Direito. apresentando-se como o novo nome de justiça."¹⁴³ Na verdade, a idéia subjacente a essa concepção de eficiência é a noção de informalização, que pode ser concebida ora como *alternativa fática* aos instrumentos jurídicos de atuação administrativa, ora como *flexibilização (soft law)* do processo decisório administrativo.¹⁴⁴

Como alternativa fática, a eficiência se apresentaria como fundamento jurídico para que a Administração Pública reagisse ao emperramento da máquina "burocrática", lançando mão de arranjos extremamente flexíveis, a ponto de sequer estarem previstos em lei. Trata-se de optar pela utilização de instrumentos mais eficientes (céleres, eficazes) em detrimento do garantismo que representa o princípio da legalidade estrita, o que traria, freqüentemente, graves inconvenientes para a qualidade e utilidade da decisão administrativa.

As razões, portanto, que orientam a adoção de tais alternativas fáticas ("*gentlemen's agreements*") consistem basicamente, de acordo com o alemão V. Bauer, citado por Gonçalves Loureiro, na "simplificação administrativa", tornando a atividade administrativa

¹⁴² LOUREIRO, 1995, p. 133. A obra de Barbosa de Melo a que o professor Loureiro faz alusão é *Direito administrativo II* (A proteção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração Pública). Coimbra, 1987.

¹⁴³ LOUREIRO, 1995, p. 124.

¹⁴⁴ LOUREIRO, 1995, p. 149-152.

mais célere e flexível, e no “reforço da dimensão cooperativa”, que se contrapõe às morosas decisões unilaterais da Administração Pública.¹⁴⁵

Gonçalves Loureiro, ainda analisando doutrina alemã, explicita lição de outro jurista germânico – Bohne – que chega a propor tipologia para esses acordos administrativos informais. Para referido doutrinador alemão, haveria três modalidades dessas avenças:

- 1) Acordos de substituição de normas, que se celebram com o intuito de evitar actos de normação;
- 2) Acordos e acções procedimentais de execução de normas, que substituem na execução os procedimentos formalizados;
- 3) Acordos com elementos de execução e de substituição de normas.¹⁴⁶

Os inconvenientes desse posicionamento com a ordem jurídica, não apenas do Estado alemão como a de quase todo o resto da Europa e também do Brasil, são evidentes. Cria-se, em nome de apenas um dos valores juridicizados, forma de Estado paralelo, pautado numa informalidade que confunde legalidade com obstacularização da eficiência da atividade administrativa. Parte-se, portanto, da premissa equivocada que *legalidade estrita e eficiência* são conceitos antitéticos. Na lição de Gonçalves Loureiro:

Esta visão de informalização é, assim, manifestamente inadequada para uma construção normativa e não simplesmente fáctica do problema em análise, sob pena de acolhermos uma ilegítima força normativa do fáctico, bem diferente da importância da dimensão de realidade no sistema jurídico.¹⁴⁷

No outro sentido *lato* de eficiência apresentado por Gonçalves Loureiro, a idéia de “suavização” dos procedimentos legais existentes (*soft law*) substitui a distorcida idéia de alternativa ao Direito. Guarda, contudo, alguma semelhança com a anterior concepção, na

¹⁴⁵ V. BAUER, *Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichem Wirtschaftsrecht*. VerwArch, 1987, p. 252-253 *apud* LOUREIRO, 1995, p. 150-151.

¹⁴⁶ BOHNE, *Informales Verwaltungs – und Regierungshandeln als Instrumente des Umweltschutzes*. VerwArch., 1984, [s. p.] *apud* LOUREIRO, 1995, p. 151. (Tradução livre do autor português). Vale destacar que não há como não deixar de remeter esse concepção de eficiência como alternativa à legalidade estrita ao posicionamento de alguns mentores da reforma administrativa gerencial brasileira da década de 1990.

¹⁴⁷ LOUREIRO, 1995, p. 151.

medida em que se valorizam procedimentos informais de base empírica, se bem que, ao contrário daquela, a preocupação com um grau mínimo de enquadramento jurídico se impõe.

Para exemplificar aplicação dessa concepção, vale a pena recorrer ao ordenamento jurídico alemão, o qual positiva os denominados “acordos preliminares”, instrumentos não regulados em nenhuma lei geral de procedimento administrativo da Federação, mas que se colocam como verdadeira “... alternativa à *praxis* desenvolvida com o mesmo conteúdo nas decisões preliminares, nas promessas (*Zusicherung*) no sentido do parágrafo 38 do *VerwVfG* [Lei Federal de Processo Administrativo, de 1976] ou dos contratos administrativos.”¹⁴⁸

Por outro lado, *em sentido estrito*, eficiência deve ser compreendida como conceito multifacetado, um “superconceito” (*Oberbegriff*), conglobante de diversos sub-princípios, a maioria dos quais já mencionados ao longo deste trabalho. Quatro são os componentes básicos para se entender eficiência *stricto sensu*, de acordo com o pensamento de Gonçalves Loureiro, a saber:

Em primeiro lugar, *eficiência* implica “... a realização eficaz de fins pré-dados (eficácia na realização dos fins)”. Igualam-se, portanto, as noções de eficiência e de eficácia. O autor luso identifica três planos em que essa eficácia se realiza: o plano macroscópico, relacionado com a eficácia “da Administração como um todo”; o plano mesoscópico, que se refere à eficácia de uma organização ou órgão qualquer componente da Administração Pública; e, finalmente, um microscópico, em que a eficácia se observa a partir da atuação de um ou mais agentes administrativos legitimados para a decisão.¹⁴⁹

¹⁴⁸ LOUREIRO, 1995, p. 152.

¹⁴⁹ LOUREIRO, 1995, p. 131.

Num segundo momento, *eficiência* significa “realização óptima dos fins da Administração”. Nessa acepção, cumpre considerar a ponderação e a proporcionalidade entre os fins e os meios disponíveis para sua realização, cabendo tanto ao legislador quanto ao administrador público que atuem da forma mais racional possível, de modo a escolherem a solução ótima. Percebe-se que a noção de otimização permeia tanto a fase de normatização abstrata quanto a de aplicação concreta da norma (*decision-making process*), haja vista que se exige abertura legal suficiente para o administrador público, diante de situação específica, referendar a melhor alternativa de atuação.¹⁵⁰

Na terceira acepção, *eficiência* consagra a idéia de celeridade, prestigiando a utilidade das decisões administrativas para os administrados e, por fim, na quarta e última perspectiva, *eficiência* reporta-se à concepção de economia de recursos, equivalente, no ordenamento jurídico brasileiro, ao princípio da economicidade.¹⁵¹

A concepção *restrita* de eficiência defendida por Gonçalves Loureiro, apesar de não ser a única da doutrina européia, parece ser a mais adequada para o ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, as facetas que devem compô-la em nosso contexto não são necessariamente as mesmas arroladas pelos portugueses, haja vista a necessidade de estruturar conteúdo à eficiência com base nos subsídios e na sistemática do Direito brasileiro.

¹⁵⁰ LOUREIRO, 1995, p. 132.

¹⁵¹ LOUREIRO, 1995, p. 132.

2.6.5 Do conteúdo da eficiência no Direito brasileiro

Conforme adiantado, bem como em face do desenvolvimento deste trabalho até o momento, a melhor alternativa metodológica para se compreender o conteúdo do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro consiste em concebê-lo como noção *multicomplexa* ou *multifacetada*.¹⁵²

Parte-se da noção originariamente privatística para complementá-la com atributos inafastáveis concedidos pela ordem jurídica nacional. Nesse sentido, assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A “eficiência” para o tecnocrata tem sentido mais restrito que a eficiência juspolítica: para aquele, basta o atingimento ótimo dos objetivos a que se propõe o agir do Estado. Para o Direito e para a Política a eficiência tem mais duas dimensões: a legalidade – conformar-se externamente com a lei – e a legitimidade – atender ao interesse público.¹⁵³

Em outras palavras, não se pode deixar para trás a concepção originária de eficiência que envolve a exigência de atendimento às finalidades organizacionais, da melhor maneira possível, tendo em vista os recursos (como tempo, dinheiro e informação) disponíveis. Diante dessa assertiva, quatro componentes da *eficiência* podem ser vislumbradas: *eficácia* (atendimento a finalidades), *qualidade* ou *excelência* (melhor

¹⁵² É a partir desse modo compreensivo que a maioria dos autores da doutrina pátria prefere analisar o conteúdo do princípio da eficiência. Roberto Sorbilli Filho (2001, p. 119-127), por exemplo, identifica e analisa oito sub-princípios que comporiam o sentido amplo de eficiência no ordenamento brasileiro, a saber: atendimento de melhor qualidade, aferição de desempenho, universalização das prestações administrativas, Administração participativa, desburocratização, desconcentração administrativa, descentralização administrativa e economicidade. Ressalte-se, todavia, que há que se tomar o devido cuidado para não supervalorizar o princípio da eficiência dotando-o de abrangência que ele não tem, como faz Sorbilli Filho (2001, p. 122), ao entender que o princípio da eficiência “requer maior participação do cidadão no interior da Administração Pública”. Na verdade, é o princípio do Estado Democrático de Direito, e não o da eficiência, que fundamenta a Administração Pública participativa.

¹⁵³ MOREIRA NETO, 1991, p. 29.

maneira), *celeridade e economicidade* (que relativizam a idéia de “melhor maneira” em face dos recursos postos à disposição).

Todavia, ao alcançar nível constitucional, a concepção de eficiência deve ser expandida para se conformar com os desígnios da Lei Maior. Não há que se levar em conta o fato de que a inclusão desse princípio jurídico decorreu da vontade do constituinte derivado, pelo que o princípio da eficiência terá necessariamente que ser interpretada à luz constitucional plena.

Apesar de todas as reformas que vêm descaracterizando a feição originária da Constituição da República de 1988, seu alicerce fundamental, consubstanciado no Título I – Dos Princípios Fundamentais – resiste inatacável, jamais podendo ser desprezado por qualquer aplicador do Direito no Estado brasileiro. Assim, o princípio da *soberania*, da *cidadania plena*, da *independência entre os Poderes*, além de outros, fornecem os parâmetros pelos quais devem ser interpretados todos os demais dispositivos constitucionais, sem exceção. E no caso em tela, o princípio do *Estado Democrático*, o princípio *republicano* e o princípio da *dignidade da pessoa humana*¹⁵⁴ apresentam-se como os mais incisivos para a melhor hermenêutica do princípio da eficiência.

A *eficiência* à luz de desses princípios significa que a busca do atendimento às finalidades públicas, da melhor maneira possível, deve incorporar as importantes componentes da complexidade das demandas sociais, dos valores sociais e humanos e da participação popular – o que realmente legitima a atuação e os resultados da atividade estatal no contemporâneo paradigma de Estado Democrático de Direito. E não se deve

¹⁵⁴ De acordo com Egon Bockmann Moreira (2003, p. 181), o princípio da eficiência maximiza o da dignidade da pessoa humana, visto que este “... é a finalidade básica da Administração Pública num Estado Democrático de Direito. Não basta a inconsciente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades *humanas* e *sociais* positivas.”

restringir sua aplicabilidade apenas à *dinâmica* (agir) da Administração Pública, mas também à *estática* administrativa, pelo que se impõe a eficiente estruturação organizacional da Administração Pública, o que potencializa a busca mais adequada das finalidades públicas.

Assim, conciliando-se o pragmatismo e o utilitarismo típicos de qualquer atividade administrativa com a legitimidade social perseguida pela Constituição da República de 1988, não se pode prescindir que os resultados a serem alcançados pelo Estado sejam, não apenas os *melhores*, mas também os mais *legítimos* do ponto de vista do cidadão.

Nesse mesmo sentido, alinha-se o pensamento de Egon Bockmann Moreira, para quem, no contexto do Estado Democrático de Direito explicitado pela Carta Magna de 1988, não cabe exigir o atendimento às finalidades definidas em lei a qualquer custo, mas tendo em vista a forma menos onerosa e mais respeitosa para os cidadãos. Acrescenta-se, assim, na fórmula do agir administrativo eficiente, ponderação a respeito dos *modos* de persecução das finalidades públicas.¹⁵⁵

Resta, pois, evidente que a Administração Pública não perde seu caráter *ancilar*, de preocupação com a realização dos objetivos a ela fixados. Com efeito, é o resultado a ser perseguido que incorpora a necessidade de legitimação social. Esta, pois, por força das normas constitucionais superiores – os princípios *democrático*, *republicano* e da *dignidade da pessoa humana* – qualifica, não a atividade Administração Pública *per se*, mas os resultados por ela perseguidos.

Quer-se demonstrar com isso que a Administração Pública deve observar a necessidade de instrumentos que legitimem sua atuação perante os cidadãos e que esteja aberta à incorporação de agendas sociais as mais diversificadas possíveis, sem qualificação

¹⁵⁵ MOREIRA. 2003, p. 181.

a priori do que seja sua responsabilidade, desde que todo esse arranjo democrático-participativo implique maior qualidade da decisão administrativa. Nesse sentido, pode haver situações que não exijam – pelo contrário, desautorizem – abertura à participação popular porque a melhor decisão administrativa assim requer.

Esse difícil equilíbrio consiste justamente no grande desafio da verdadeira “nova Administração Pública”, pensada nos termos da ordem jurídica brasileira contemporânea. Desse modo, a idéia de eficiência deve significar que as variadas demandas de uma sociedade multicomplexa, sem se desconsiderar as limitações de recursos e os valores sociais e humanos, sejam atendidas, não da forma ótima, visto que a melhor escolha na maioria das situações não passa de dogma, mas da maneira mais adequada possível.

E, em face dessa concepção, muitos institutos do Direito Administrativo devem ser reinterpretados para deles se extrair a real potencialidade para o atendimento à finalidade pública. No caso específico da avaliação de desempenho do servidor público, a força normativa concedida pelo princípio constitucional da eficiência é decisiva, a ponto de toda a sistemática que envolve aplicabilidade desse instituto e sua relação com outros institutos jus-administrativistas, como a *estabilidade* do servidor público e a *progressão e promoção* em carreiras, estarem condicionadas a essa nova hermenêutica constitucional.

Dessa forma, na parte seguinte deste trabalho analisar-se-á cuidadosamente o instituto da avaliação de desempenho do servidor público, à luz dos debates empreendidos nesta primeira parte, de modo a se viabilizar a real compreensão e extensão desse importante instrumento jurídico, consagrado em nível constitucional, assim como o princípio da eficiência, também com a Emenda Constitucional nº 19/1998.

PARTE 2

CONTORNOS JURÍDICOS DA AVALIAÇÃO DE

DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

CAPÍTULO 1 – DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO SEGUNDO ABORDAGEM DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

Este capítulo, introdutório à segunda parte deste trabalho, procura analisar alguns aspectos do instituto da avaliação de desempenho humano¹⁵⁶, a partir do campo de conhecimento em que tal instrumento mais se desenvolveu.

Sabe-se que para bem compreender a avaliação de desempenho do servidor público na condição de instituto jurídico, constitucionalizado em 1998 com a Emenda Constitucional nº 19, não se pode prescindir da abordagem introdutória de referido instrumento, o que será feito, neste capítulo, exclusivamente com base na literatura específica da Ciência da Administração.

Nesse sentido, serão esclarecidos conceitos como o de *avaliação* e de *desempenho*, os quais orientarão a idéia a ser empregada de avaliação de desempenho por todo o restante deste trabalho. Da mesma forma, há que se compreender a importância de tal avaliação como (sub) sistema gerador de informações que alimenta os demais (sub) sistemas dentro das organizações. Por fim, serão analisadas as finalidades e objetivos a que os gerentes privados visam a alcançar quando adotam sistema de avaliação de desempenho no

¹⁵⁶ Resta deixar claro, caso ainda não esteja, que a segunda parte deste trabalho cuidará da avaliação de desempenho humano, a partir de subsídios desenvolvido pela Ciência da Administração a serem posteriormente transpostos para o setor público. Cumpre fazer essa ressalva, haja vista existirem outras modalidades de avaliação de desempenho, como a avaliação institucional (instrumento muito em voga na setor público contemporâneo) em que são mensurados o nível de excelência de uma organização com base em sua missão institucional. Ainda que invariavelmente para se avaliar o desempenho de uma instituição seja necessário se reportar ao desempenho de seus membros, ou seja, de indivíduos, o foco de análise desse instrumento é outro, não se constituindo objeto de investigação deste trabalho.

âmbito de suas organizações, bem como as principais metodologias de avaliação, suas estratégias de implementação, atentando para seus pontos fortes e fracos.

Somente com esses subsídios teóricos e práticos devidamente abordados, ainda que notadamente “não jurídicos”, será possível a real compreensão da avaliação de desempenho no setor público nacional. Superada a abordagem desse instituto do ponto de vista da Ciência da Administração, partir-se-á para a análise de como o sistema constitucional e o regime jurídico-administrativo brasileiros influenciam sua operacionalização, objetivos e finalidades, sem, contudo, desvirtuar sua essência, qual seja, a de se constituir em instrumento de gestão responsável pela implementação da eficiência, princípio norteador em quaisquer tipos de organizações, sejam elas privadas ou públicas, neste caso especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 em 1998.

1.1 Noções preliminares de *avaliação* e de *desempenho*

A noção de avaliação sempre esteve presente na humanidade desde seus primórdios. Desde os grupos sociais mais isolados até a sociedade “pós-moderna”, o homem tem, formal ou informalmente, fixado mecanismos de premiação e punição dos membros dos grupos a que pertence, a partir de informações geradas de instrumentos de avaliação mais ou menos desenvolvidos, mas que essencialmente visam a qualificar e graduar determinados atributos ou atividades de uma pessoa.

Todavia, para viabilizar tal qualificação ou graduação, seja na vida pessoal, seja no trabalho, faz-se necessária a existência de critérios ou padrões de atuação para que o comportamento da pessoa ou daquilo que está sendo avaliado possa se situar em escala apropriada por parte de quem avalia. Assim, a idéia de *avaliação* apresenta implicação

necessária com a idéia de *comparação* entre, de um lado, o desejado ou o ideal e, de outro, o que é observado ou apreendido da realidade. Avaliar, portanto, conforme expõe Alexandre Shigunov Neto, implica estabelecer análise comparativa entre as ações de uma pessoa, entre o que foi planejado e o que foi realizado, entre *standards* admitidos e aqueles não admitidos na sociedade.¹⁵⁷

Quanto à concepção de desempenho, cumpre, de antemão, proceder à análise etimológica do termo. *Desempenho* significa nada mais que “retirar do empenho”, ou seja, resgatar o que se empenhou, o que se comprometeu realizar.

Maria Diva Lucena entende desempenho como os resultados alcançados, esperados de cada empregado ou membro da organização conforme a função por ele ocupada, os quais configurem a manifestação concreta e objetiva do que dele é esperado fazer, tendo como base padrões pré-definidos de atuação.¹⁵⁸

Zélia Kilimnik, por sua vez, compreende desempenho humano no trabalho como:

... o resultado final apresentado, levando-se em conta os serviços realizados em determinado período de tempo – previamente negociados entre líder e liderado – de acordo com os objetivos da organização, caracterizados por metas coerentes com os recursos disponíveis e indicadores e padrões de desempenho bem definidos.¹⁵⁹

O que se depreende desses conceitos é que a noção de desempenho não deve confundir-se com atributos ou aptidões pessoais, ainda que, de algum modo, alguns desses caracteres específicos possam influenciar, e efetivamente o fazem, no desempenho de um determinado indivíduo em seu trabalho. O que se deve ter em mente, de todo modo, é que, quando se cuida do tema de avaliação de desempenho em organizações privadas ou públicas, o que se deve avaliar são resultados e não mérito ou capacidades individuais.

¹⁵⁷ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 17-18.

¹⁵⁸ LUCENA, 1992, p. 19.

¹⁵⁹ KILIMNIK, [199-], p.108.

Por conseguinte, a avaliação de desempenho consiste em instrumento que, para ser fielmente implementado, pressupõe a existência de padrões comparativos de desempenho pré-definidos (inerentes à idéia de avaliação), os quais servirão de base para a qualificação dos resultados apresentados pelos avaliados com base no que deles se espera, seja pela posição, posto ou função que ocupem dentro da organização, seja porque os resultados desejados foram prévia e especificamente pactuados (o que subjaz à noção de desempenho).

Será útil passar-se para breve incursão histórica a respeito da avaliação de desempenho, de modo a ilustrar como se tem compreendido esse instrumento ao longo da história das organizações.

1.2 Visão histórica da avaliação de desempenho a partir das *Escolas de Administração*

A avaliação de desempenho, na condição de instrumento de gestão das organizações, desenvolve-se efetivamente após o advento da Administração Científica no final do século XIX. No entanto, simulacros de avaliação de desempenho podem ser identificados já na China dos anos 221 a 265, durante a dinastia Wei, com a figura do julgador imperial a quem competia a avaliação da atuação da família do imperador¹⁶⁰, e, a partir do período da colonização europeia do Novo Mundo, com o advento de rígido sistema de avaliação adotado pela Igreja Católica sobre os jesuítas.¹⁶¹

Maria Diva Lucena destaca que, ainda antes do desenvolvimento das modernas organizações empresariais, coube às corporações militares a consagração da avaliação de

¹⁶⁰ Cf. BERGAMINI; BERALDO. 1992.

¹⁶¹ LUCENA, 1992, p. 36.

desempenho como instrumento de desenvolvimento organizacional. As razões para tanto consistiriam em características específicas que tais organizações apresentam, necessárias para criar ambiente propício para a adoção de sistema de avaliação, quais sejam, missão permanente e imutável, estrutura organizacional rigidamente hierarquizada, carreira fortemente estruturada, além de certa estabilidade de seus membros.¹⁶²

No entanto, foi mesmo com a gênese da *Administração Científica* no final do século XIX que a avaliação de desempenho passou a se desenvolver e incorporar novas diretrizes e fundamentos seguindo a própria evolução da Ciência da Administração. Como já mencionado no capítulo anterior, seção 2.2, tanto Frederick Taylor, no nível das tarefas a cargo do “chão de fábrica”, como Henry Fayol, no nível da estrutura e das funções gerais de uma organização, propuseram a substituição do empirismo pelo cientificismo na administração da produção, por meio da adoção de regras e princípios consubstanciados em “manuais gerenciais”, que embasariam toda a atuação empresarial. Tal período ficou conhecido como *Escola Clássica da Administração*.

Em função da adoção desses manuais, a avaliação de desempenho dessa época enfatizava sobremaneira e de forma até simplista a execução de tarefas segundo modelos pré-determinados pela gerência da organização¹⁶³. Era bem avaliado o trabalhador que seguia as regras e obtinha os padrões de desempenho previstos nos manuais da organização.

Como evolução à abordagem clássica, desenvolveu-se a chamada *Escola das Relações Humanas* na Administração, a qual teve em Elton Mayo seu principal precursor.

¹⁶² LUCENA, 1992, p. 36-37.

¹⁶³ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 9.

Tal Escola possuiu na experiência de Hawthorne¹⁶⁴, executada entre 1927 e 1932, o grande laboratório para suas conclusões. Conforme atesta Alexandre Shigunov Neto, a avaliação de desempenho durante esse período passa a se preocupar não apenas com as tarefas a serem executadas, mas também com as condições de trabalho dispensadas e os aspectos psicológicos dos trabalhadores.¹⁶⁵

Na seqüência de evolução das teorias administrativas, surge a chamada *Escola Neoclássica*, dividida entre *Teoria Neoclássica da Administração* e *Administração por Objetivos*. Para Idalberto Chiavenato, a *Teoria Neoclássica* nada mais é que reafirmação dos postulados clássicos da Administração Científica, como, por exemplo, a ênfase na prática das tarefas, adaptados à abordagem humanística das organizações. Já a *Administração por Objetivos* introduz na Ciência da Administração a idéia de pactuação de metas a serem atingidas, cujos resultados seriam acompanhados por contínuo sistema de mensuração e controle.

Assim como na abordagem anterior, a avaliação de desempenho nesse período segue tendência humanística, incorporando fatores de ordem psicológica e ambiental no desempenho dos trabalhadores, apresentando, contudo, como grande novidade, a adoção da negociação de metas entre gerentes e empregados a serem atendidas em determinado

¹⁶⁴ Conforme expõe Idalberto Chiavenato (1993, p. 154-155), "Sem pretender o ser, a Experiência de Hawthorne marca, ao longo de sua duração de 5 anos, o início de uma nova teoria calcada em valores humanísticos na Administração, deslocando totalmente a preocupação anteriormente voltada para a tarefa e para a estrutura para a preocupação com as pessoas. [...] novas variáveis: são acrescentadas ao já enriquecido vocabulário da Administração: a integração social e o comportamento social dos empregados, as necessidades psicológicas e sociais e a atenção para novas formas de recompensas e sanções não-materiais, o estudo dos grupos informais e da chamada organização informal, o despertar para as relações humanas dentro das organizações, a ênfase nos aspectos emocionais e não-rationais do comportamento das pessoas e a importância do conteúdo dos cargos e tarefas para as pessoas que as realizam e executam."

¹⁶⁵ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 10.

período de tempo. Transcorrido esse prazo, procede-se à avaliação comparativa entre o pactuado e o executado e, caso necessário, à revisão do processo negociado.¹⁶⁶

Posteriormente, desenvolve-se a chamada *Escola Estruturalista* da Administração, dando ênfase na estrutura organizacional e no modelo burocrático de organização. Conforme assevera Chiavenato, a *Escola Estruturalista*, intimamente relacionada com o surgimento da Sociologia das Organizações, relaciona as organizações com seu ambiente externo maior – a sociedade. Desenvolvem-se conceitos como o de “sociedade de organizações”, caracterizada pela interdependência entre organizações, e o de “homem organizacional”, aquele que desempenha diferentes papéis, paralelamente, em organizações diversas. Nessa abordagem, a compreensão do desempenho humano deve incorporar todas as dimensões organizacionais – as internas e externas e as formais e informais – em que se insere o indivíduo.¹⁶⁷

Quanto ao modelo de avaliação de desempenho desse período, parece haver retorno ao modelo clássico original, com ênfase na tarefa a ser realizada, sem deixar de incorporar, todavia, a análise das condições organizacionais disponibilizadas aos trabalhadores.¹⁶⁸

A quinta Escola da Ciência da Administração a se desenvolver foi a *Escola Comportamental*, dividida em *Teoria Comportamental* ou *Behaviorista* e a *Teoria do Desenvolvimento Organizacional*.

Para os *behavioristas*, a Ciência da Administração deveria deixar de lado as posições normativa e prescritiva e adotar abordagem explicativa e descritiva, com ênfase nas pessoas.¹⁶⁹ Já os adeptos do *Desenvolvimento Organizacional* defendem o

¹⁶⁶ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 11.

¹⁶⁷ CHIAVENATO, 1993, p. 525.

¹⁶⁸ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 12.

¹⁶⁹ CHIAVENATO, 1993, p. 535.

planejamento como a mais relevante variável para o crescimento de uma organização, a qual influencia decisivamente na mudança de cultura organizacional, sem o que nenhuma transformação efetiva pode ocorrer.¹⁷⁰

Os sistemas de avaliação de desempenho desse período adotam como ponto de partida a pessoa humana e seus aspectos psicológicos, motivacionais, além de seu ambiente de trabalho e sua inserção nos grupos dentro da organização.¹⁷¹

Na seqüência, a Ciência da Administração, como diversos campos do conhecimento humano, recebeu profunda influência da *Teoria dos Sistemas*. A abordagem sistêmica na Administração requer maior aproximação entre as ciências, adotando três princípios básicos de análise: o *princípio do expansionismo*, segundo o qual todo fenômeno pode ser considerado parte de um fenômeno maior; o *princípio do pensamento sintético*, que se baseia na técnica de se analisarem os elementos integrantes de um fenômeno de acordo com sua função desempenhada; e o *princípio da teleologia*, que prega que a causa é condição necessária, mas nem sempre suficiente para que surja o efeito de determinado fenômeno.

Os sistemas de avaliação de desempenho dessa época retomam a ênfase nas tarefas a serem executadas e na estrutura organizacional, deixando de lado a análise do indivíduo¹⁷².

Por fim, a *Escola Contingencial* apresenta-se como a sétima e última abordagem a influenciar decisivamente o pensamento científico administrativo, representando clara evolução em relação à *Teoria dos Sistemas*. Segundo essa vertente, toda organização deve

¹⁷⁰ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 13.

¹⁷¹ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 13.

¹⁷² SHIGUNOV NETO, 2000, p. 14.

ser analisada como sistema aberto, continuamente sujeito às influências dos ambientes interno e externo que a circundam. Verificou-se que muita coisa existente dentro das organizações era decorrente do que existia fora delas, nos seus ambientes. As organizações escolhem seus ambientes e depois passam a ser condicionadas por eles para poderem sobreviver e crescer. O conhecimento do ambiente passou a ser vital para a compreensão dos mecanismos organizacionais.

A avaliação de desempenho contingencial passa a incorporar praticamente todas as variáveis das escolas anteriores – tanto as tecnicistas como as humanistas¹⁷³. De caráter eminentemente eclético, a *Teoria Contingencial* advoga que toda e qualquer variável que influencie o ambiente organizacional deve ser incorporada na análise do desempenho de determinado membro da organização.

Após breve incursão nas principais escolas que influenciaram a Ciência da Administração, apresentando as diferentes perspectivas teóricas que moldaram sua evolução, especialmente no que se refere à avaliação de desempenho, passa-se para a análise da real importância desse instrumento de gestão para as organizações contemporâneas.

1.3 Importância da avaliação de desempenho – noção de sistema de recursos humanos

Para a adequada compreensão da importância da avaliação de desempenho como instrumento de gestão para as organizações, faz-se necessário analisar as organizações, de acordo com a Teoria dos Sistemas, como verdadeiros sistemas abertos, que se inter-relacionam constantemente com os ambientes interno e externo, mediante fluxo de

¹⁷³ SHIGUNOV NETO, 2000, p. 15.

informações contínuo. Nesse sentido, a relevância da avaliação de desempenho se caracteriza pela necessidade de se obterem informações da melhor qualidade possível para a organização. A avaliação de desempenho existe, portanto, para gerar informações relevantes, consideradas como insumo essencial para o bom desempenho de qualquer grupo e que, metaforicamente, estariam para a organização como o sangue estaria para o corpo humano.

As informações geradas pela avaliação de desempenho alimentam o que os autores da Ciência da Administração denominam *sistema de recursos humanos* de uma organização. O sistema de recursos humanos, segundo Chiavenato, abrange cinco áreas principais: políticas de *provisão* de recursos humanos, políticas de *manutenção* de recursos humanos, políticas de *desenvolvimento* de recursos humanos, políticas de *monitoramento* de recursos humanos e políticas de *aplicação* de recursos humanos. Por sua vez, cada política, que em seu conjunto perfaz o sistema de recursos humanos, pode ser dividida em subsistemas.

Desse modo, como subsistemas que permitem a *provisão de recursos humanos*, haveria a pesquisa de mercado, o recrutamento, a seleção e a integração. Já a política de *manutenção de recursos humanos* estaria dividida em subsistemas de administração de salários, de planejamento e administração de benefícios sociais, de higiene e segurança do trabalho e de relações sindicais. Quanto aos subsistemas das políticas de *desenvolvimento de recursos humanos*, podem ser mencionados o treinamento e o desenvolvimento organizacional. Como subsistemas que permitem o *monitoramento de recursos humanos*, destacam-se os bancos de dados, os sistemas de informação e o de auditoria de recursos humanos. Finalmente, em se tratando de políticas de *aplicação de recursos humanos*,

podem ser citados como subsistemas a análise e a descrição de cargos, o planejamento da alocação de recursos humanos e o plano de carreiras.

Dessa forma, a avaliação de desempenho torna-se instrumento, constituído por conjunto de normas e procedimentos, responsável pelo fornecimento de informações para os variados subsistemas de recursos humanos dentro de uma organização, em especial para o subsistema de *aplicação de recursos humanos*, já que decisões a respeito de promoções na carreira e realocação de trabalhadores estão aí inseridas e diretamente dependentes das informações disponibilizadas pela avaliação de desempenho.

Vale ressaltar que a avaliação de desempenho não consiste no único meio de levantamento de informações dentro de uma organização. Pesquisas junto à clientela podem fornecer informações relevantes para, por exemplo, o sistema de produção ou de *marketing*. No entanto, para o sistema de recursos humanos, a avaliação de desempenho pode ser compreendida como a principal fornecedora de informação, a qual, se adequadamente gerida, permitirá o desenvolvimento de políticas para melhoria da gestão de pessoas e de correta tomada de decisões, com implicações diretas no produto final da organização.

T. A. Guimarães resume bem a importância da avaliação de desempenho para as organizações:

Trabalho avaliado é trabalho realizado. Essa frase resume a necessidade de que toda organização seja sistematicamente avaliada, provocando, dessa forma, um processo de retroalimentação que permite à organização rever estratégias e métodos de trabalho e, portanto, minimizar os efeitos da tendência à entropia e ao insulamento burocrático, tão comuns em organizações públicas. É por intermédio da avaliação do que produz que a organização consegue reciclar-se, oxigenar-se e sobreviver em ambientes turbulentos e mutáveis. A avaliação do produto final de uma organização, ou do *trabalho necessário a produzi-lo* é uma função estratégica das organizações modernas. Assim, toda organização necessita

dispor e fazer uso de mecanismos de avaliação de desempenho em seus diversos níveis – estratégico, tático, operacional e individual.¹⁷⁴ (sem grifos no original)

Importa, por fim, destacar que, como não poderia ser diferente, a qualidade da informação levantada depende diretamente da escolha adequada do método de avaliação, o qual, por sua vez, nutre íntima relação com a finalidade e objetivo proposto pela organização para a avaliação de desempenho. Nas seções seguintes, serão abordadas as principais finalidades e objetivos da avaliação de desempenho e os principais métodos de avaliação compatíveis com cada uma das diferentes finalidades.

1.4 Objetivos e finalidades da avaliação de desempenho

O estabelecimento de um programa de avaliação de desempenho só faz sentido se seus objetivos e finalidades estiverem claramente definidos para a organização. Vários são os objetivos e finalidades possíveis para a implantação de tal sistema, pelo que a prévia definição do que se almeja alcançar com as informações geradas pela avaliação de desempenho repercutirão decisivamente no método avaliatório escolhido e na melhor estratégia para sua implementação.

Pode-se assumir como *objetivo principal* ou *geral* da avaliação de desempenho a melhoria do desempenho individual, o que propiciará o atendimento dos objetivos institucionais de uma organização. É o que vários autores defendem, como Júlio Lobos, para quem o papel principal da avaliação de desempenho é melhorar os resultados da empresa;¹⁷⁵ e Maria Diva Lucena, que entende que por meio da avaliação de desempenho

¹⁷⁴ GUIMARÃES, T. A. *et alli* "Avaliação de desempenho de pessoal: uma metodologia integrada ao planejamento e avaliação organizacionais." *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 32 (6), p. 43-61, nov./dez. 1998, citado em BRASIL, 2000, p. 10.

¹⁷⁵ Cf. LOBOS, 1979.

pode-se definir a contribuição individual de cada empregado, determinando sua participação no alcance das finalidades institucionais da organização.¹⁷⁶

Importa ressaltar que, para o atendimento do objetivo geral principal, há que se considerar a existência de objetivos específicos ou secundários que devem orientar a implantação de sistemas de avaliação de desempenho dentro das organizações. É possível dividir tais objetivos específicos ou secundários em dois grandes grupos: objetivos ligados ao *planejamento estratégico da organização* e objetivos ligados à *motivação dos avaliados*.

Em relação ao primeiro grupo, sabe-se que a função de gerência dentro de uma organização é a responsável por alcançar resultados previstos, por meio dos membros dessa organização, de acordo com a adoção das melhores técnicas possíveis disponíveis. Para tanto, o gerente trabalha com a função de planejamento, estabelecendo objetivos, fixando metas, acompanhando, controlando e avaliando os resultados das ações organizacionais visando à execução objetiva das tarefas de forma eficaz.

Para atingir seus fins, a ação gerencial precisa ser planejada de acordo com a missão e os objetivos da organização. Tendo sido estabelecidas diretrizes, formulam-se políticas que refletem os objetivos e orientam gerentes e demais membros da organização em direção aos mesmos, processo que é conhecido como *função de planejamento*. Desse planejamento geral decorre o *planejamento estratégico*, que é o processo de formalização de estratégias que pretende aproveitar as oportunidades e neutralizar as ameaças ambientais, utilizando os pontos fortes e eliminando os pontos fracos da organização para a consecução de sua missão.

¹⁷⁶ Cf. LUCENA, 1992.

O *planejamento estratégico* implica, portanto, análise do ambiente e do sistema organizacional na elaboração de filosofias e políticas, na escolha de objetivos, no desenvolvimento de estratégias e na implementação de controles. Relaciona-se com a avaliação de desempenho na medida em que os objetivos individuais e os objetivos organizacionais devem estar intimamente ligados, devendo existir elo de comprometimento entre pessoas e organização na realização de seus fins.

Especificamente no que se refere ao *planejamento estratégico de recursos humanos*, a avaliação de desempenho consiste em procedimento adotado pelas organizações para desenvolver ou implementar programas de treinamento e desenvolvimento, de promoção e recompensas, que sejam adequados às suas estratégias. Ademais, se os indivíduos que estão sendo avaliados percebem haver correspondência entre os critérios avaliatórios utilizados e a característica dos cargos, passam a acreditar que aquilo que fazem é o que a organização realmente valoriza.

Autores como Cecília Bergamini e Deobel Beraldo entendem ainda que a avaliação de desempenho possui entre seus objetivos verificar a validade dos procedimentos de seleção e identificar os pontos fortes ou fracos nos procedimentos de preenchimento de vagas, algo que também diz respeito ao planejamento estratégico de recursos humanos. Da mesma forma, através da avaliação de desempenho é possível obter informações que subsidiarão tomadas de decisões referentes à readaptação e colocação de indivíduos na organização, bem como se o empregado apresenta qualificações para o cargo ou se deve ser dispensado ou transferido.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Cf. BERGAMINI; BERALDO. 1992.

Outra importante finalidade da avaliação de desempenho ligada à área de planejamento estratégico consiste no fornecimento de subsídios para decisões relativas à remuneração e promoção dentro da organização. Em pesquisa realizada por Barbara Nunberg sobre diferentes sistemas de avaliação de desempenho em organizações públicas, divulgada nos cadernos da ENAP, tal finalidade apresentou-se como a mais freqüente mundo afora.¹⁷⁸

Finalmente, a avaliação de desempenho pode ser considerada como instrumento apto a fornecer informações que possibilitam a identificação de potencialidades de membros da organização, permitindo o desenvolvimento de estratégias para aprimorar seu desempenho.

Quanto aos objetivos relacionados à *motivação*, cumpre de antemão estar atento para a complexidade de variáveis que afetam o comportamento humano, o qual constantemente busca reduzir as dissonâncias em relação ao ambiente. Estudos da Psicologia Motivacional demonstram a necessidade de existir, dentro das organizações, ambiente capaz de satisfazer as exigências dos indivíduos para que possam crescer.

¹⁷⁸ Cf. NUNBERG, 1998, p. 56-57. Referida autora identificou dois grandes grupos de países que orientam de forma diferente a avaliação e desempenho ligada à remuneração e promoção de pessoal de suas organizações. O primeiro deles, formado por países como a Coreia do Sul, o Japão e a França, exibem "um hiato muito maior entre práticas formais e informais" de ascensão na carreira, visto que as informações levantadas pela avaliação de desempenho nesses países "ajuda, mas não embasam integralmente as decisões sobre promoção, que ainda levam em conta critérios como antiguidade e resultados obtidos em treinamento". Já o segundo de grupo de países estudados, em que se incluem o Reino Unido, Cingapura e Nova Zelândia, destaca-se "a centralidade dos mecanismos de avaliação de desempenho verdadeiramente operacionais em seus sistemas de ascensão na carreira". Por meio de estratégias participativas e de negociação de metas entre servidores e Poder Público, a avaliação de desempenho se apresenta, na prática, como o único instrumento apto a fundamentar a ascensão no serviço público desses países.

expandir-se e encontrar sua maior satisfação e auto-realização ao promover os objetivos da organização.¹⁷⁹

A integração dos objetivos da organização e dos objetivos individuais será alcançada se houver plano de trabalho em que o significado deste seja estimulante e gratificante e comporte possibilidades de desenvolvimento pessoal. Assim, o sistema de avaliação de desempenho que incorpore tal plano de trabalho de desenvolvimento pessoal pode se constituir em fator motivacional para os membros de uma organização, na medida em que permite melhorar o ambiente de trabalho, o clima e a comunicação organizacionais por meio do próprio desenvolvimento da organização.

Vistas as principais finalidades e objetivos possíveis para os sistemas de avaliação de desempenho, cuida-se da análise das principais técnicas e métodos avaliatórios abordados pela Ciência da Administração.

1.5 Metodologias de avaliação de desempenho e seus pontos fortes e fracos

Como técnica complexa de comparação que pode envolver inúmeras variáveis e componentes, diversos métodos de avaliação de desempenho foram desenvolvidos e estudados pela Ciência da Administração. Há que ressaltar a necessidade de existência de pertinência teórico-prática entre as finalidades e objetivos da avaliação de desempenho e a

¹⁷⁹ A esse respeito, vale a pena mencionar os estudos de Maslow e Herzberg. Para o primeiro, as pessoas nascem com necessidades fisiológicas e seu comportamento inicial é voltado exclusivamente para a satisfação dessas necessidades. Mais tarde desenvolvem outras necessidades como a de segurança voltada para a proteção contra os perigos, ameaças, privações, dor, preocupações e instabilidade. As necessidades fisiológicas e de segurança constituem necessidades primárias ou básicas para qualquer indivíduo e à medida que essas são controladas surgem as necessidades secundárias. No mesmo sentido, Herzberg concluiu que a motivação humana depende de dois tipos de fatores: os higiênicos e os motivacionais propriamente ditos. Os fatores higiênicos são necessários para a existência da motivação, mas não a asseguram *per se*. Para a garantia da motivação com efeitos duradouros, é imprescindível atender também as necessidades sociais e as necessidades superiores.

técnica a ser empregada, porque determinada técnica poderá ser mais propícia para se levantar informações para subsidiar as decisões necessárias para a organização naquela oportunidade.

Júlio Lobos assevera que há vários critérios de classificação dos métodos de avaliação de desempenho, tais como estratégia de implantação, frequência da avaliação, grau de participação dos avaliados, tipos de avaliadores. Entretanto, referido autor prefere adotar critério que leva em consideração o foco da avaliação, isto é, que considera o tipo e a finalidade das informações a serem levantadas. Nesse sentido, classifica os métodos de avaliação de desempenho em métodos voltados para a *análise de traços e personalidade individuais* e métodos voltados para *resultados no trabalho*.¹⁸⁰

A análise de traços e personalidade individuais constitui-se na técnica mais antiga e amplamente utilizada pelos gerentes de instituições públicas e privadas e baseia-se no suposto de que a existência de determinadas características individuais implica necessariamente bom nível de desempenho por parte do membro da organização.

Quanto aos métodos voltados para resultados no trabalho, sua origem é atribuída a Peter Drucker, um dos precursores da *Administração por Objetivos*, escola de pensamento administrativo da década de 1950. Tais técnicas se fundamentam na comparação objetiva entre metas preestabelecidas e os resultados obtidos ao fim do período avaliatório, levando-se em conta, eventualmente, o histórico do desempenho do avaliado.

William Werther e Keith Davis classificam, por sua vez, as técnicas de avaliação de desempenho tomando como base as perspectivas *objetivas* e *subjetivas* da avaliação. Assim, os métodos objetivos seriam aqueles cujos critérios de avaliação de desempenho consistem em variáveis facilmente mensuráveis, como, no caso da avaliação de uma

¹⁸⁰ Cf. LOBOS, 1979.

telefonista, da quantidade de chamadas discadas erradas. Já os métodos subjetivos são compreendidos pelos autores como técnicas excessivamente atreladas à discricionariedade do avaliador, haja vista a inexistência de medidas de desempenho objetivas.¹⁸¹ Distorções amplamente divulgadas na literatura administrativa sobre avaliação de desempenho, como *efeito-halo*, *erro de tendência central*, *propensões de complacência e rigor*, *preconceito pessoal* e *efeito-recentidade* são comuns na aplicação dessas técnicas de avaliação.

Cecília Bergamini e Deobel Beraldo preferem destacar a dimensão comparativa da avaliação de desempenho. Assim, as técnicas em que o desempenho do indivíduo é avaliado independentemente do desempenho dos demais membros na organização são classificadas como técnicas de avaliação *direta* ou *absoluta*. Já quando a avaliação se baseia na comparação do desempenho do indivíduo com os dos demais de seu grupo, de forma a se classificarem, no final do processo avaliatório, os desempenhos dos avaliados do melhor para o pior, está-se diante da denominada avaliação *relativa*.¹⁸²

Por fim, uma última classificação que vale a pena destacar é a realizada por Zélia Kilimnik, que leva em conta o período a ser considerado na avaliação. Segundo a referida autora, existem as técnicas voltadas para o *passado*, em que se avalia o desempenho já realizado, e técnicas voltadas para o *futuro*, em que a ênfase é dada na negociação de metas e resultados almejados e no acompanhamento da execução dos mesmos.¹⁸³

Vistas algumas das principais classificações dos métodos de avaliação de desempenho, importa analisar três das técnicas avaliatórias de desempenho mais

¹⁸¹ Cf. WERTHER JR., William; DAVIS, Keith. *Administração de pessoal e recursos humanos*. São Paulo: McGraw-Hill, 1983 *apud* KILIMNIK, [199-], p. 114.

¹⁸² Cf. BERGAMINI; BERALDO, 1992.

¹⁸³ KILIMNIK, [199-], p. 115.

amplamente utilizadas, atentando para seus pontos fortes e fracos. São elas: o *método da escala gráfica*, o *método da avaliação de resultados* e o *método da avaliação 360 graus*.

O primeiro desses métodos, o da *escala gráfica*, também conhecido como escala graduada, escala gráfica de graduação por pontos, escala de classificação ou composição de gráficos analíticos, consiste em técnica de avaliação de desempenho que se baseia em fatores ou qualidades previamente estabelecidos e ordenados numa escala gráfica. Trata-se de método de aplicação extremamente simples e de fácil entendimento, razão pela qual constitui-se na modalidade avaliatória mais utilizada pelas organizações públicas e privadas do País.

A metodologia de implantação apresenta seis etapas:¹⁸⁴

A primeira consiste em classificar e agrupar cargos e funções de mesma natureza, haja vista que a avaliação levará em conta as especificidades de cada grupo, sejam quantos forem.

Num segundo momento, por meio de reunião com as chefias, estabelecem-se os fatores que serão considerados na avaliação de desempenho, levando-se sempre em conta os objetivos perseguidos pela organização com a avaliação. Entre os fatores mais comuns de avaliação de desempenho dessa metodologia, podem-se citar, conforme expõe Zélia Kilimnik, qualidade do trabalho, quantidade de trabalho, iniciativa, pontualidade, assiduidade, zelo com o patrimônio, cooperação, relacionamento com a chefia e com o grupo de trabalho, relacionamento com clientes e público. Além desses, para a avaliação da gerência, podem-se incorporar os fatores capacidade de liderança, acompanhamento do

¹⁸⁴ KILIMNIK, [199-], p. 116.

trabalho, orientação técnica, desenvolvimento de pessoas, coordenação e comando e administração de conflitos.¹⁸⁵

Na seqüência, cada fator é descrito, e faixas ou graduações de desempenho são determinadas, usualmente em número de cinco (por exemplo: “insatisfatório”, “ruim”, “regular”, “bom”, “excelente”). Há que ressaltar a necessidade de definições de fatores que possibilitem sua mensuração da maneira menos subjetiva *possível*.

A quarta etapa consiste na validação das frases descritivas de cada uma das diferentes graduações de desempenho, de modo a definir com clareza a diferenciação entre uma escala e outra. Esta consiste em testar a capacidade que cada frase apresenta de descrever efetivamente o fator a ela correspondente.

Na quinta etapa, procede-se ao teste das escalas desenvolvidas, por meio da seleção de amostras de eventuais avaliados dentro de cada grupo de cargos ou funções. A partir do teste, são identificadas dificuldades no processo avaliatório passíveis de serem sanadas ainda antes da execução definitiva da avaliação de desempenho em toda organização.

Por fim, a última etapa consiste na atribuição de pesos a cada um dos fatores preestabelecidos que integram os critérios de avaliação. Trata-se da última oportunidade de direcionar o procedimento avaliatório, no sentido de priorizar os fatores mais representativos para comprovar a eficiência do desempenho dos membros da organização, sendo recomendado que esse peso seja dado por comissão composta por representantes das chefias e dos subordinados da instituição.

Como já mencionado, as vantagens dessa técnica residem na sua simplicidade, no fato de apresentar baixo custo, ser bem administrável e de fácil compreensão por parte dos envolvidos. Como pontos negativos, há que ressaltar sua extrema subjetividade, abrindo

¹⁸⁵ KILIMNIK, [199-], p. 116.

espaço para distorções na avaliação e todos os efeitos nefastos típicos de avaliações subjetivas, como efeito-halo, erro de tendência central e tantos outros. Para seu sucesso, requer sejam definidos tantos os fatores como as escalas de graduação de forma mais objetiva possível, e que os avaliadores sejam muito bem treinados, para que seus sentimentos individuais e visão pessoal da organização não distorçam a nota a ser atribuída aos avaliados. A adoção de procedimentos matemáticos e estatísticos pode auxiliar na diminuição do nível de subjetividade desse método de avaliação.

Outro método bastante utilizado é o da *avaliação por resultados*. Com efeito, segundo Zélia Kilimnik, a *avaliação por resultados* se apresenta como técnica geral, dentro da qual estariam agrupadas as seguintes técnicas, todas com características bem semelhantes: o *plano analítico de metas*, o *planejamento do trabalho* e a *avaliação por objetivos ou resultados*.¹⁸⁶

O *plano analítico de metas* fundamenta-se no estabelecimento de metas ou padrões de desempenho, os quais devem ser alcançados pelos avaliados dentro de determinado prazo. São basicamente as seguintes as etapas de implementação dessa técnica de avaliação de desempenho: formulação do planejamento estratégico pela organização; especificação dos objetivos setoriais, de modo a serem implantados sub-planos setoriais dentro da organização; análise e fixação das metas principais por parte da chefia, em conjunto com os subordinados; análise do plano estratégico pelo superior imediato; determinação dos prazos para que os resultados sejam alcançados; e, por fim, análise efetiva dos resultados obtidos.

Já a técnica conhecida como *planejamento do trabalho* possui fundamentalmente as mesmas características que a técnica anteriormente abordada, com a diferença de que o

¹⁸⁶ KILIMNIK, [199-], p. 120.

plano estratégico da organização é substituído por um plano gerencial mais simples, relacionado com os objetivos da função de cada membro da organização.

Na verdade, muito pouco há de diferença em relação ao *plano analítico de metas*, haja vista que, a rigor, as funções de cada membro da organização devem necessariamente guardar pertinência lógica e técnica com os objetivos principais da organização. Em outras palavras, o conjunto dos diversos planos de trabalho individuais forma, ou pelo menos deve formar, em sua essência, o plano estratégico de qualquer organização.

Por fim, conforme já mencionado, a técnica da *avaliação de desempenho por objetivos* ou *por resultados* apresenta grande similaridade com as técnicas anteriores. A diferença reside em que, na apuração dos resultados do período avaliatório predeterminado na etapa de negociação de metas, o histórico de desempenho do avaliado, em avaliações anteriores, também é levado em consideração.

Trata-se, com efeito, de efetivo instrumento de gestão de recursos humanos, na medida em que os vários períodos avaliatórios se superpõem, visto que a fase de negociação de metas está sempre se reiniciando, sem necessariamente ter findado o período avaliatório anterior. A razão para tanto reside no entendimento de que a organização deve ser compreendida como *sistema aberto*, sujeita a constantes revisões de objetivos, os quais não seguem necessariamente previsibilidade determinada, em face da inconstância do ambiente externo que influencia decisivamente as estratégias organizacionais.

Conforme ressaltado, as três técnicas analisadas podem ser agrupadas no método geral de *avaliação por resultados*. Apresentam como pontos fortes a objetividade da avaliação, na medida em que esta se baseia em metas e resultados preestabelecidos e negociados entre gerência e subordinados, a serem mensurados por meio de indicadores de natureza quantitativa. As características pessoais dos membros da organização

praticamente não têm lugar para serem avaliadas. Além disso, estabelece-se verdadeiro plano de gestão pessoal para os avaliados, ressaltando que o desempenho a ser examinado é o futuro, pactuado com os avaliados, os quais supõe-se estejam envolvidos e preocupados com a melhoria de seu desempenho pessoal.

Como ponto fraco desse método, destaca-se a possibilidade de haver preocupação excessiva apenas com as metas pactuadas, o que pode prejudicar o cotidiano, o clima e o desenvolvimento organizacionais, na medida que o único objetivo passa a ser desempenhar adequadamente o que foi previamente negociado. Outras metas podem surgir ao longo do tempo, as quais, porém, poderão não ser levadas em consideração caso não repercutam na avaliação de desempenho. Da mesma forma, atividades rotineiras, mas que também apresentam sua importância para a vida da organização, podem ser deixadas em segundo plano.

Finalmente, passa-se à análise da última principal técnica de avaliação de desempenho consagrada pelos estudiosos da Ciência da Administração – a *avaliação 360 graus*. Sua lógica se fundamenta na multiplicidade de avaliadores – além da chefia superior, são também avaliadores os colegas de organização, os clientes internos e externos e até mesmo os subordinados. A idéia é que o desempenho do avaliado seja aferido com base nas diversas perspectivas da organização e não apenas de ponto de vista único, usualmente o da gerência superior.

Conforme ressalta Zélia Kilimnik, a *avaliação 360 graus* foi inicialmente idealizada para avaliação da alta gerência e da gerência intermediária. No entanto, diversas organizações a têm estendido para todos os níveis institucionais, inclusive para o “chão de fábrica”, ocasião em que a avaliação costuma ser chamada *180 graus*, em razão de não haver subordinados para avaliarem o desempenho dos membros dos níveis hierárquicos

inferiores da organização. Existe, até mesmo, a possibilidade de ampliação de novos avaliadores, como, por exemplo, consultores externos, de modo a formar retrato mais fiel de toda a organização.¹⁸⁷

Como estratégia de implementação desse método, as seguintes etapas são apresentadas.

A primeira delas consiste na definição dos objetivos do programa de avaliação de desempenho e da metodologia a ser escolhida (se baseada em características pessoais – o mais comum – ou se baseada em metas pactuadas – menos freqüente), de preferência com a participação conjunta de gerência e subordinados.

Como segundo momento, procede-se à definição dos instrumentos de avaliação (questionários), bem como dos fatores (ou metas) a serem levados em consideração para cada avaliador segundo cada grupo de funções a serem avaliadas.

A terceira etapa consiste na seleção dos avaliadores, quando o avaliado terá participação decisiva, visto ser necessário que os múltiplos avaliadores tenham convivido, com certa proximidade, com a atividade do avaliado. A quarta etapa apresenta-se como o treinamento de avaliadores e avaliados em relação ao método 360 graus.

Já as últimas etapas podem ser resumidas na efetiva execução da multi-avaliação, divulgação dos resultados, emissão de relatórios, discussão dos resultados e elaboração dos planos de ajuste organizacionais.

Importa mencionar alguns requisitos básicos para a garantia do sucesso dessa técnica. Cumpre haver adequada definição da clientela-alvo de cada grupo a ser avaliado e de como sua avaliação será apropriada pela organização, haja vista constituir-se ela num dos múltiplos avaliadores do processo. Exige-se também a criteriosa seleção dos

¹⁸⁷ KILIMNIK, [199-], p. 125.

instrumentos a comporem a avaliação, cuidando-se para que os questionários sejam precisos e os fatores de desempenho sejam os mais objetivamente mensuráveis *possíveis*. E, por fim, requer-se a confidencialidade das avaliações, visto que, por se abrir a possibilidade de subordinados avaliarem colegas e até mesmo seus superiores, sem a garantia do sigilo de sua avaliação pode ser temerário que esses avaliadores emitam conclusões suficientemente isentas, em face do temor de possíveis represálias caso o avaliado tenha acesso às opiniões de seus subordinados sobre seu desempenho.

Como ponto forte desse método de avaliação, destaca-se a democratização das conclusões sobre o desempenho do avaliado. Com o advento de múltiplos avaliadores, restringe-se a possibilidade de avaliações enviesadas e fundamentadas em um único ponto de vista. Além disso, valoriza-se a opinião dos membros dos níveis hierárquicos mais inferiores da organização, o que tradicionalmente é deixado de lado no processo decisório e de planejamento das instituições.

Já o principal ponto fraco relaciona-se também com a multiplicidade de avaliadores. Caso não haja treinamento adequado sobre essa metodologia, os riscos de distorções causadas por avaliações excessivamente subjetivas podem se efetivar. A não padronização dos instrumentos de avaliação (questionários), que são diferentes para cada grupo de avaliadores, favorece também o surgimento dessas distorções.

Analisadas as principais modalidades de avaliação de desempenho abordadas pela Ciência da Administração, resta assinalar em que medida o setor público pode se apropriar dos avanços teóricos e práticos desse instrumento em suas organizações, chamando atenção para as perplexidades inerentes a esse processo de apropriação.

1.6 Principais questionamentos acerca da transposição da avaliação de desempenho do setor privado para o setor público

A transposição da avaliação de desempenho do setor privado – *locus* em que notadamente se desenvolveu de forma mais efetiva – tanto do ponto de vista teórico quanto prático, para o setor público esbarra nas características intrínsecas que contrastam decisivamente o setor privado do setor público, ainda que, a rigor, a importância, os objetivos, as finalidades e as modalidades de avaliação sejam efetivamente os mesmos.

A par dos problemas inerentes à implementação desse instrumento de gestão no setor privado, especialmente os relacionados com as distorções provocadas pelo subjetivismo da maioria dos instrumentos de avaliação atualmente desenvolvidos, com a não participação dos empregados no processo de desenvolvimento de um programa avaliatório, e com a ausência de compreensão e sensibilização, por parte dos avaliados e, algumas vezes, da própria gerência, a respeito da importância e dos objetivos da avaliação para o crescimento pessoal e institucional da organização, a implementação da avaliação de desempenho no setor público apresenta, sem dúvida, multiplicidade maior de complicadores.

Num primeiro momento, as organizações públicas devem lidar com os mesmos problemas inerentes às instituições privadas relacionados com a necessidade de formatação de instrumentos de avaliação mais objetivos de seus avaliados. Técnicas como a *escala gráfica* e a de *avaliação 360 graus* (quando utiliza fatores baseados em características pessoais) tendem a não encontrar ambiente propício de desenvolvimento nas organizações públicas.

Ressalte-se que o problema do subjetivismo torna-se mais grave no âmbito da Administração Pública, em virtude de um de seus pressupostos de atuação ser o princípio da impessoalidade. Ao contrário das organizações do setor privado, que podem utilizar as informações levantadas pela avaliação de desempenho como melhor lhes aprouver, no caso das organizações públicas tais informações devem ter destino certo, determinado, invariavelmente ligado a finalidade pública esculpida em lei e devem ser utilizadas de forma imparcial dentro da organização de modo a não caracterizar lesão ao princípio da impessoalidade.

Assim, se um gerente privado implementa sistema de avaliação de desempenho excessivamente subjetivo e, portanto, suscetível de lesar a impessoalidade, cujas informações fundamentam demissão de empregado, ainda que o ideal seria a objetividade de instrumentos e a democratização do processo, que deveria envolver, em alguma medida, a participação dos empregados de modo a possibilitar decisões mais qualificadas e melhorar o clima organizacional da empresa, o mesmo não pode ser feito pelo gerente público. A possibilidade de demissão de servidor com base em insuficiência de desempenho esbarra de forma decisiva com o subjetivismo do método avaliatório empregado.

A concessão de outros direitos inerentes à função pública, como a estabilidade, agora vinculada à aprovação em procedimento específico de avaliação de desempenho após estágio probatório (consoante art. 41, §4º, da Constituição da República de 1988), e a possibilidade de promoção e progressão nas carreiras públicas, tendo como base a avaliação de desempenho, também devem enfrentar a questão do subjetivismo desse expediente avaliatório no setor público.

Da mesma forma, a falta de clareza dos objetivos institucionais de um programa de avaliação de desempenho consiste em problema grave a ser enfrentado pelas organizações públicas. Nesse mister, outra diferenciação entre setor privado e setor público é decisiva para o adequado dimensionamento do problema.

As instituições privadas necessitam invariavelmente, para sobreviverem, buscar inovações constantes do mundo da técnica. Novos métodos de produção e prestação de serviços, bem como novas metodologias gerenciais e estímulos a seus membros precisam a todo o momento viabilizar o desenvolvimento dessas organizações.

No setor público, ao contrário, as organizações, a rigor, possuem fluxo de recursos razoavelmente constante, apesar de todos os problemas de ordem fiscal por que os orçamentos públicos atravessam. As organizações públicas não vão à falência como as privadas podem ir. São criadas ou têm sua autorização de criação por meio de lei e, desse modo, tendem a se perpetuar no setor público. Por conseguinte, tendem a não procurar novas técnicas de desenvolvimento organizacional, até porque inexiste clareza de objetivos e finalidades dentro da organização, já que estes, por virem fixados na lei de criação, muitas vezes já se encontram defasados em relação ao que o ambiente externo demanda dessas instituições. A ausência de mecanismos que absorvam adequadamente as influências ambientais constitui-se, assim, em problema a ser enfrentado pelas organizações públicas, o que repercute negativamente na implementação de qualquer instrumento gerencial, entre os quais a avaliação de desempenho.

Esse quadro é agravado ainda pelo fato de que, enquanto nas organizações privadas a gerência tende a ser *estável* e os subordinados, *instáveis*, no setor público, a situação é oposta: as chefias são altamente *instáveis* (além de eventualmente despreparadas) e os subordinados, *estáveis*, o que também dificulta a implementação de qualquer programa de

modernização e mudança de cultura gerencial dentro da organização. Tais “inovações” gerenciais, como a avaliação de desempenho, acabam se vinculando à proposta de uma gerência (governo) específica, a qual tende a permanecer nessa função tempo insuficiente para implementar adequadamente qualquer transformação na organização pública.

Algumas dessas principais questões, consideradas pedras de toque do tema da avaliação de desempenho do setor público, deverão ser abordadas nos capítulos seguintes deste trabalho, os quais procurarão desenvolver o retrato jurídico da avaliação de desempenho no setor público.

Serão enfatizados os aspectos constitucionais da avaliação de desempenho como instrumento de busca da eficiência no serviço público, tal como esculpido no art. 41 da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e os aspectos processualísticos de tal instrumento, com toda a inafastável repercussão teórico-prática proveniente do regime jurídico-administrativo brasileiro. Por fim, antes da conclusão final, discutir-se-á a respeito do subjetivismo no âmbito de atuação da Administração Pública.

CAPÍTULO 2 – DO ESCOPO CONSTITUCIONAL DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

Em que pese o fato de a Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, já fazer menção expressa ao instituto da avaliação de desempenho, na redação de seu art. 20, *caput* e §1º¹⁸⁸, sem dúvida foi com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que efetivamente referido instituto alcançou *status* jurídico sem precedentes, do qual a Administração Pública brasileira não mais poderia se desvincular.

Dispõe o art. 41 da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998:

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 em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa.

§2º [...]

§3º [...]

§4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

¹⁸⁸ Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para desempenho do cargo, observado os seguintes fatores:

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

§1º. Quatro meses antes de findo o período de estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação de desempenho do servidor, realizada de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da carreira, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V deste artigo.

Como se percebe, a avaliação de desempenho no ordenamento constitucional brasileiro foi inserida na disciplina da estabilidade do servidor público, tanto na condição de requisito para sua aquisição, como na condição de critério para a perda de cargo público.

Da simples inclusão da avaliação de desempenho na normatização da estabilidade do servidor público exsurtem diversos questionamentos de ordem teórica e prática a respeito, por exemplo, das “espécies” de avaliação de desempenho disciplinadas pela Carta Magna; do âmbito da aplicabilidade do art. 41 a outras esferas políticas do Estado brasileiro, que não apenas a União; das conseqüências jurídicas de sua não implementação pela Administração Pública; da natureza dos instrumentos instituidores das avaliações de desempenho a que aduz o §1º e o §4º do art. 41.

Não bastassem esses primeiros questionamentos provenientes de reflexão mais detida do novo art. 41 da Constituição da República, a sistemática da avaliação de desempenho no ordenamento jurídico brasileiro apresenta outros enfoques que merecem análise mais aprofundada. Visto que sua alçada constitucional inseriu-se no processo mais amplo de constitucionalização do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo em sua esteira a necessidade de releitura de diversos institutos jurídicos relacionados com a disciplina da função pública, a aplicabilidade da avaliação de desempenho não pode se restringir ao art. 41 da Carta Magna.

Este capítulo procura proceder justamente a essa necessária análise de todas as repercussões do instituto da avaliação de desempenho no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

2.1 Das “espécies” constitucionais de avaliação de desempenho do servidor público

Pela leitura do art. 41 da Constituição da República não é difícil perceber a existência de duas “espécies” do “gênero” avaliação de desempenho do servidor público: a avaliação *periódica* de desempenho, de que trata o §1º, inciso III, e a avaliação *especial* de desempenho, de que cuida o §4º do mesmo artigo constitucional.

A importância de tal distinção vai além da simples definição da periodicidade da realização da avaliação, a cuja conclusão leitura mais superficial poderia de início induzir, mas reside substancialmente na necessidade de se analisar, à parte, cada uma das finalidades institucionais e o modo de operacionalização dessas diferentes “espécies” de avaliação de desempenho.

Desse modo, constata-se que a avaliação *periódica* de desempenho, tal como informa a redação do inciso III do §1º do art. 41 da Lei Maior, possui como finalidade precípua a definição de critérios para a perda do cargo público. E, para atingir seu mister, deverá seguir sistematização diferente da outra “espécie” de avaliação de desempenho¹⁸⁹.

Por sua vez, o §4º do art. 41 disciplina a avaliação *especial* de desempenho como critério de aquisição, por parte do servidor, da estabilidade, após período de estágio probatório. Não confere a ela periodicidade alguma, mas, pela própria dinâmica do instituto do estágio probatório na Administração Pública, percebe-se que possui também determinada periodicidade, ainda que não necessariamente com base em intervalos regulares. De todo modo, dado que a finalidade de sua instituição difere da avaliação

¹⁸⁹ Há que se ressaltar que o comando constitucional inserto no §1º do art. 41 da Constituição da República não se refere à perda da estabilidade do servidor, mas sim à possibilidade de perda do cargo público. Tal distinção é de suma importância conforme se verá adiante ainda neste capítulo.

periódica de desempenho, não restam dúvidas de que a dinâmica de sua disciplina deve divergir em alguns pontos em relação à primeira “espécie” de avaliação de desempenho.

Portanto, a cada finalidade que persegue a Administração Pública corresponderá uma “espécie” de avaliação de desempenho. Para fins de perda de cargo público, aplicar-se-á a avaliação *periódica*. Já para fins de aquisição de estabilidade após período de estágio probatório, terá lugar a avaliação *especial*.

Todavia, é imprescindível ressaltar que, não obstante apenas duas as finalidades citadas de avaliação de desempenho, há implícita, na Constituição da República, uma terceira, qual seja, a de critério objetivo para promoção e progressão, por parte do servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, na carreira.

Indaga-se: poder-se-ia asseverar que, a essa finalidade, extraída da melhor exegese do princípio da eficiência e das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, corresponderia uma terceira “espécie autônoma” de avaliação de desempenho, ao lado das duas “espécies” de avaliação já existentes – a *periódica* e a *especial*? Ou seria melhor compreendê-la inserida numa das duas modalidades já existentes, atribuindo-se, pois, a uma das “espécies” de avaliação de desempenho dupla finalidade?

A melhor solução, em face da natureza dos institutos da promoção e progressão na carreira e à luz do princípio constitucional da eficiência, parece apontar, conforme adiante se expõe, para sua compreensão como mais uma das finalidades atribuídas à avaliação *periódica* de desempenho, de que trata o §1º, inciso III, do art. 41, sem que isso ofenda qualquer dispositivo constitucional.

Portanto, podem-se enumerar, com base na melhor interpretação da Constituição da República, duas “espécies” de avaliação de desempenho: a *periódica* e a *especial*, possuindo a primeira duas finalidades: perda de cargo público e critério para promoção e

periódica de desempenho, não restam dúvidas de que a dinâmica de sua disciplina deve divergir em alguns pontos em relação à primeira “espécie” de avaliação de desempenho.

Portanto, a cada finalidade que persegue a Administração Pública corresponderá uma “espécie” de avaliação de desempenho. Para fins de perda de cargo público, aplicar-se-á a avaliação *periódica*. Já para fins de aquisição de estabilidade após período de estágio probatório, terá lugar a avaliação *especial*.

Todavia, é imprescindível ressaltar que, não obstante apenas duas as finalidades citadas de avaliação de desempenho, há implícita, na Constituição da República, uma terceira, qual seja, a de critério objetivo para promoção e progressão, por parte do servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, na carreira.

Indaga-se: poder-se-ia asseverar que, a essa finalidade, extraída da melhor exegese do princípio da eficiência e das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, corresponderia uma terceira “espécie autônoma” de avaliação de desempenho, ao lado das duas “espécies” de avaliação já existentes – a *periódica* e a *especial*? Ou seria melhor compreendê-la inserida numa das duas modalidades já existentes, atribuindo-se, pois, a uma das “espécies” de avaliação de desempenho dupla finalidade?

A melhor solução, em face da natureza dos institutos da promoção e progressão na carreira e à luz do princípio constitucional da eficiência, parece apontar, conforme adiante se expõe, para sua compreensão como mais uma das finalidades atribuídas à avaliação *periódica* de desempenho, de que trata o §1º, inciso III, do art. 41, sem que isso ofenda qualquer dispositivo constitucional.

Portanto, podem-se enumerar, com base na melhor interpretação da Constituição da República, duas “espécies” de avaliação de desempenho: a *periódica* e a *especial*, possuindo a primeira duas finalidades: perda de cargo público e critério para promoção e

progressão na carreira. Já a avaliação *especial* de desempenho se refere apenas à finalidade de aquisição de estabilidade após período de estágio probatório. Na seqüência, serão analisadas cada uma dessas “espécies” de avaliação de desempenho e de suas respectivas finalidades constitucionais.

2.2 Da avaliação periódica de desempenho para fins de perda de cargo público

Trata-se da espécie de avaliação de desempenho inserida no rol constitucional das possibilidades de perda de cargo público, ao lado da sentença judicial transitada em julgado e do processo administrativo com garantia da ampla defesa, já constantes do texto original da Constituição da República de 1988.

O mandamento constitucional (inciso III, §1º do art. 41) fixa três características principais dessa espécie de avaliação de desempenho: regulamentação por lei complementar, periodicidade e garantia de ampla defesa.¹⁹⁰

Dessa forma, fica clara a condição de não aplicabilidade imediata da norma constitucional do referido inciso III, §1º, do art. 41, classificada, pela tipologia da doutrina constitucionalista, como norma constitucional de *eficácia limitada*, porque apta a gerar efeitos apenas após regulamentação a que alude referido dispositivo constitucional.¹⁹¹ E

¹⁹⁰ Há na verdade, uma quarta hipótese de perda de cargo de servidor estável – a denominada “excesso de despesas”, prevista no art. 169, §4º, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, a qual pode ocorrer sempre que ente federado apresentar despesa com pessoal ativo e inativo superior aos limites estabelecidos em lei complementar (Lei Complementar nº 101, de 2000) e medidas prévias de contenção dessas despesas não terem se demonstradas exitosas.

¹⁹¹ Para José Afonso da Silva (1997, p. 73), normas constitucionais de eficácia *limitada* ou *reduzida* são aquelas que “... não produzem, com a entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante.” Já as de eficácia *plena* “... desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente...”. Por sua vez, as normas de eficácia *contida*, embora passíveis de produzir seus efeitos imediatamente, “... prevêm meios ou conceitos que permitam manter sua eficácia contida em certos limites.”

por não prescindir de regulamentação via lei complementar, o conteúdo dessa lei deverá disciplinar, entre as diversas questões pertinentes à matéria, a periodicidade e a garantia da ampla defesa nesse procedimento. Lei complementar que não regule essas duas questões, inafastáveis por conta do mandamento constitucional, não terá condições de gerar os efeitos previstos em sua normatização superior.

Ponto que deve ser esclarecido em relação ao mandamento constitucional do inciso III, §1º, do art. 41, consiste na *amplitude da competência* dos entes políticos para regulamentar a avaliação periódica de desempenho para fins de perda de cargo público. A menção à lei complementar no referido dispositivo constitucional poderia aduzir que a mencionada norma pudesse ser considerada como lei de caráter geral, nos termos do art. 24, §1º, da Constituição da República, caso em que a União regulamentaria disposições gerais sobre a avaliação periódica de desempenho, cabendo aos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios) a edição de leis específicas que regulamentassem complementarmente as disposições na lei geral nacional no âmbito de suas Administrações Públicas.¹⁹²

Com efeito, essa possível interpretação não subsiste, visto que o art. 24 da Lei Maior de 1988 não arrola, entre as matérias de competência concorrente entre os entes federados, a disciplina da avaliação de desempenho. Tampouco essa matéria pode ser subsumida a qualquer uma das hipóteses ali enumeradas.

Na verdade, a norma constitucional do art. 41, bem como as dos arts. 39 e 40, deve ser entendida como a própria norma geral que fundamenta a edição de leis específicas dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no que se refere às

¹⁹² A plausibilidade dessa interpretação residiria no fato de que algumas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais, não prevêm, entre suas espécies de leis, a complementar.

matérias por esses artigos tratadas. Assim, as normas do art. 41 já apresentam amplitude nacional, pelo que desnecessária a edição de suposta lei geral editada pela União, para fins de balizar a regulamentação dos demais entes federados sobre as matérias por ele disciplinadas. O fundamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para disciplinar a avaliação periódica de desempenho decorre diretamente da norma constitucional do art. 41, §1º, inciso III, não se cogitando, pois, da necessidade de prévia edição de lei geral sobre essa matéria.

No caso de entes federados que não prevêem em suas Constituições ou Leis Orgânicas a espécie de lei complementar ou outra espécie normativa de *quorum* qualificado, o mais razoável parece apontar a suficiência de lei ordinária para regulamentar a questão.

Conforme exposto, conclui-se, *a fortiori*, que ente federado que não tenha regulamentado especificamente, no âmbito de sua Administração Pública, a avaliação periódica de desempenho, não pode se valer, de forma subsidiária, de eventual norma editada pela União sobre a matéria. Lei complementar editada pela União regulamentando a avaliação periódica de desempenho somente poderá disciplinar a perda de cargo público no escopo da Administração Pública Federal.

Portanto, enquanto cada ente federado não dispuser específica e expressamente sobre a matéria da avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar (ou de norma equivalente), não há que se cogitar da possibilidade de geração de seus efeitos previstos pela Constituição da República no âmbito de suas respectivas Administrações Públicas. Ressalte-se ainda que referida lei complementar deverá conter expressamente normas relativas à periodicidade da avaliação de desempenho e das garantias de ampla

defesa em sua operacionalização, conforme exigem os mandamentos constitucionais do inciso III, §1º do art. 41 e inciso LV do art. 5º.

Outra questão de suma importância nesta sede refere-se ao fato de que o dispositivo constitucional do §1º do art. 41 normatiza a perda de cargo público de forma *imediata*. Isso significa que o servidor estável, o qual, nos termos da lei complementar regulamentadora da avaliação periódica de desempenho em que seja garantida a ampla defesa, obtiver conceito insatisfatório (ou outro conceito equivalente que a lei regulamentadora determinar), pode perder o cargo público de plano. A avaliação do desempenho do servidor público não pode ser entendida como etapa preliminar que precede posterior abertura de processo administrativo para fins de perda de cargo público. A avaliação periódica de desempenho consiste, pois, em modalidade especial de expediente administrativo apto, *per se*, a se ultimar com perda do cargo público.

Nesse sentido, há que se lastimar a regulamentação desse instituto no âmbito da Administração Pública do Estado de Minas Gerais, por meio da Lei Complementar nº 71, de 30 de julho de 2003. A referida lei não previu a possibilidade de a avaliação insuficiente de desempenho do servidor público conduzir à perda imediata do cargo. Tal como disciplinado pela lei mineira¹⁹³, o conceito insatisfatório de desempenho do servidor público possibilita apenas à Administração Pública a abertura de “novo” processo administrativo, destacado da etapa de avaliação de desempenho, para fins de apurar a viabilidade de perda de cargo público, sujeitando-se à normatização disciplinar específica do Estatuto dos Funcionalismo Público estadual, datado de 1952. A avaliação de

¹⁹³ Cf. art. 10 da referida Lei Complementar nº 71, de 30 de julho de 2003, o “servidor somente será demitido por desempenho insatisfatório após processo administrativo, na forma dos arts. 218 a 243 da Lei nº 869, de 5 de julho de 1952, em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

desempenho do servidor público reduz-se, assim, à mera etapa de sindicância de um processo administrativo, que pode resultar ou não na perda do cargo público.

Com efeito, não tivesse o constituinte derivado a intenção de instituir expediente que por si só fosse capaz de ensejar a perda do cargo público, não teria razões para incluir a avaliação periódica de desempenho no elenco das possibilidades de perda de cargo de servidor público estável, ao lado da sentença judicial transitada em julgado e do processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa. Bastaria considerá-la como um dos motivos ensejadores de instauração de processo administrativo, inserido no âmbito de aplicabilidade do inciso II do §1º do art. 41 da Carta Magna (processo administrativo em que seja garantida a ampla defesa).

A esse respeito, é imprescindível mencionar a norma do art. 247 da Lei Maior de 1988, introduzida com a Emenda Constitucional nº 19/1998. Referido artigo do Ato das Disposições Constitucionais Gerais dispõe:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do §1º do art 41 e §7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda de cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

A norma citada, ao excepcionalizar em seu parágrafo único que, nos casos em que servidores estáveis que desenvolvam atividades exclusivas de Estado tiverem seus desempenhos avaliados como insuficientes, a perda do cargo só ocorrerá após processo administrativo em que se garantam contraditório e ampla defesa, reforça o entendimento de que a regra geral do art. 41 prescinde de etapa administrativa posterior. Ou seja, a norma do inciso III, do §1º, do art. 41 autoriza a perda de cargo público com base tão-somente na de avaliação periódica de desempenho do servidor público.

Ainda a respeito da norma do art. 247 da Constituição da República, vale asseverar que, apesar de seu caráter excepcional, que objetiva a adoção de garantias extras para aqueles servidores que executam atividades consideradas pela Administração Pública como atividades estratégicas para o Estado, pode ela vir, em função de inexistir atualmente regulamentação legal do que seja “atividade exclusiva de Estado”, a ser aplicada de forma generalizada e indiscriminada. Isso pode conduzir ao enfraquecimento do instituto da avaliação periódica de desempenho do servidor público, o qual pode perder a necessária força normativa a que o constituinte derivado a ela concedera.

Importa frisar que a lei complementar instituidora da avaliação periódica de desempenho do servidor público deverá definir, conforme dispõe o mandamento do art. 247 da Carta Magna, de preferência taxativamente, aquelas carreiras ou grupos de carreiras que serão considerados atividades exclusivas de Estado. Vale alertar para o fato de que a simples menção ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, que define genericamente as carreiras de Estado dentro do Poder Executivo como sendo as de fiscalização, segurança pública, planejamento, etc, é insuficiente para essa determinação, dadas as especificidades de inúmeros cargos inseridos nesse conjunto de carreiras (e que referido Plano Diretor trata apenas superficialmente).

Cumprido debater, por fim, uma última questão relativa a este tema. Refere-se à imprescindibilidade de se enumerar taxativamente, como possibilidade de conduzir à perda de cargo público do servidor estável, a avaliação periódica de desempenho no rol dos incisos do §1º do art 41 da Constituição da República – tema questionável na doutrina. A rigor, para a doutrina administrativista sempre foi possível a exclusão de servidor público, mesmo estável, que apresentasse desempenho insuficiente. A Administração Pública, jungida que está pelo princípio da eficiência, mesmo antes de sua constitucionalização

expressa com a Emenda Constitucional nº 19/1998, jamais pôde admitir e manter em seus quadros profissionais servidores ineficientes, devendo, de plano, promover procedimentos que excluam de sua estrutura esses desvios (desde que garantidos meios de defesa ao suposto servidor ineficiente). No texto original da Constituição da República de 1988, o inciso II do §1º do art 41 bastaria para fundamentar demissão por motivos de insuficiência de desempenho.

O que então teria levado o constituinte derivado a arrolar expressamente a avaliação de desempenho como possibilidade de perda de cargo público? Com efeito, a resposta a essa indagação segue a mesma linha que defende a constitucionalização expressa do princípio da eficiência em nosso ordenamento jurídico.

Como já exposto na primeira parte deste trabalho, a eficiência sempre foi elemento indissociável da atividade administrativa, seja privada, seja pública. No entanto, a constitucionalização expressa da eficiência como princípio da Administração Pública gerou o efeito de não se questionar a respeito da juridicidade desse valor para a atividade administrativa, de não se admitir, nem mesmo em nível abstrato, a edição de normas e atos materiais que não atentem a esse valor.

A eficiência, como princípio constitucional, possibilitou a consolidação de sistema administrativo que, além de levar em consideração questões de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade no exercício da função pública administrativa, contemplasse também, e em igual medida, a questão da obtenção de melhores resultados da atividade pública do ponto de vista do cidadão. Como corolário desse sistema, o instituto da avaliação de desempenho do servidor público não poderia deixar de vir expressamente normatizado em suas dimensões principais, entre as quais se destaca a disciplina da perda

do cargo público e da aquisição da estabilidade pelo servidor público ocupante de cargo efetivo.

Vale recordar que outros institutos também foram constitucionalizados na esteira do princípio da eficiência, como o contrato que amplia a autonomia nas Administrações Públicas (art. 37, §8º), as Escolas de Governo (art. 39, §2º) e a estruturação de planos de carreira para os servidores públicos ocupantes de cargo efetivos. Nesse sentido, ainda que se questione a necessidade e o caráter inovador dessas mudanças constitucionais, entre os quais se destaca o arrolamento expresso da avaliação de desempenho entre as hipóteses de perda de cargo público de servidor estável, sua função indutora e sistematizadora em sede constitucional segue incontestável.

Abordadas questões fundamentais em relação à avaliação periódica de desempenho do servidor público para fins de perda de cargo, passa-se à análise desse instituto para fins de promoção e progressão na carreira.

2.3 Da avaliação periódica de desempenho para fins de promoção e progressão na carreira

Cuida-se de analisar a mesma “espécie” de avaliação de desempenho tratada na seção anterior, a partir de finalidade diversa, deduzível da melhor interpretação da Constituição da República de 1988, em especial após as mudanças introduzidas pelo constituinte derivado com a Emenda Constitucional nº 19/1998. Esta seção se orientará, portanto, no sentido de enfatizar a compreensão da “espécie” *avaliação periódica de desempenho* sob perspectiva singular, mas que apresenta dupla finalidade constitucional:

uma *explícita* (perda de cargo público, analisada na seção anterior) e outra *implícita*, mas não menos importante (critério para desenvolvimento na carreira).

Com efeito, analisando essa matéria, deve-se ressaltar que, para fins de tipologia, não há como fugir da opção expressa adotada pelo constituinte derivado em definir apenas duas “espécies” de avaliação de desempenho, quais sejam, a *periódica* e a *especial*. No entanto, esse debate teórico-tipológico carece de maior relevância prática pelo fato de que, da mesma forma, não há como afastar a força da interpretação principiológica, com base no valor da eficiência constitucionalizada com a Emenda nº 19/1998, a qual admite a atribuição de outra finalidade ao instituto da avaliação de desempenho que não apenas a perda de cargo público de servidor estável ou requisito para aquisição de estabilidade após período de estágio probatório. Essa outra finalidade consiste justamente em considerar o resultado da avaliação de desempenho como critério objetivo para orientar a promoção e progressão de servidores públicos efetivos dentro de suas carreiras.

Nesse sentido, não se apresenta necessário adotar tipologia tripla, considerando essa avaliação de desempenho para fins de promoção e progressão na carreira uma terceira “espécie”, porque seu *modus operandi*, sua normatização regulamentadora, não deve deixar de se enquadrar dentro daquele da avaliação periódica de desempenho para fins de perda de cargo público. Da mesma forma que esta se operacionaliza em bases periódicas, por se apresentar como instrumento de gestão permanente, incentivando o servidor público a bem desempenhar suas funções com fundamento na ameaça da perda de seu cargo, a avaliação de desempenho para fins de promoção e progressão na carreira opera com a mesma lógica de incentivo – não um incentivo negativo, mas positivo, que se apresenta como possibilidade de desenvolvimento dentro da carreira.

Essa finalidade implícita não pode ser menosprezada, porque não se pode admitir uma Administração Pública que não gere incentivos, sejam negativos, sejam positivos, a seus quadros profissionais. A constitucionalização do princípio da eficiência só veio reforçar esse entendimento, que já devia ser considerado antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19/1998 e que, de fato, já era adotado em algumas legislações esparsas sobre função pública¹⁹⁴.

Assim, cumpre compreender a avaliação periódica de desempenho, sob o pálio da eficiência, não como instrumento de enxugamento da máquina pública, mas como expediente de gestão da melhoria do serviço público. E, na condição de instrumento de gestão, ela deverá atuar necessariamente em duas frentes: perda de cargo público e desenvolvimento na carreira, as quais nada mais são que faces da mesma moeda – a valorização da eficiência no desempenho da função pública.

A própria previsão (implícita) da instituição de carreiras dentro da seara da Administração Pública não deixa dúvidas em relação à necessidade de que o desenvolvimento dentro dela se dê com base em determinados critérios, alguns dos quais atrelados inexoravelmente à eficiência. Os estudiosos da Ciência da Administração geralmente definem carreiras como “... as seqüências de posições ocupadas e de trabalhos realizados durante a vida de uma pessoa”, tal como procede o professor Joel Dutra¹⁹⁵. Já para Themístocles Brandão Cavalcanti, carreira consiste em “... um conjunto de classes da mesma profissão, escalonadas segundo padrões de vencimento.”¹⁹⁶

Transpondo-se essa idéia para o campo da Administração Pública, pode-se entender que a carreira implica a disposição de determinado cargo em níveis diferenciados de

¹⁹⁴ Vide art. 20, da Lei 8.112/1990.

¹⁹⁵ DUTRA, 1996, p. 17.

¹⁹⁶ CAVALCANTI, 1948/49, P. 129-130.

complexidade, com perspectiva remuneratória diferenciada. Segundo Francisco Mafra Filho, "... a carreira no serviço público significa a possibilidade de o servidor melhorar os seus rendimentos, posição hierárquica e acrescentar responsabilidades à sua função."¹⁹⁷

Em realidade, a exigência de instituição de carreiras não se encontra expressamente imposta em norma constitucional alguma. De fato, o texto constitucional apenas procede à menção específica ao instituto das carreiras em determinados dispositivos, como, por exemplo, o art. 37, V¹⁹⁸ e o art. 39, §1º, inciso I e §2º¹⁹⁹. No entanto, referidas menções, analisadas sob a óptica do princípio da eficiência e pela própria essência da Administração Pública burocrática, implicam deduzir que a instituição de carreiras se apresenta, com efeito, como imperativo constitucional para o aprimoramento da função administrativa.

Tendo isso em vista, a existência de carreiras, com níveis hierárquicos e graus diferenciados, implica necessariamente o desenvolvimento na mesma, o que pode ser feito de várias formas, dependendo da estrutura da carreira e com base em diferenciados critérios estabelecidos em lei.

Desse modo, a evolução do servidor ocupante de cargo efetivo em carreira estruturada em níveis hierárquicos diferenciados pode se dar de forma *vertical* (quando se

¹⁹⁷ MAFRA FILHO, 2001, p. 93.

¹⁹⁸ Art. 37 [...]

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de *carreiras*, nos casos condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (sem grifos no original)

¹⁹⁹ Art. 39 [...]

§1º. A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada *carreira*;

[...]

§2º. A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na *carreira*, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (sem grifos no original).

passa de um determinado nível hierárquico para outro superior) ou *horizontal* (quando, mantendo-se o cargo no mesmo nível hierárquico, posiciona-se-o num grau superior).

A rigor, o desenvolvimento vertical do servidor público dentro da carreira, definido tradicionalmente como *promoção*, tanto pela doutrina administrativista como por inúmeros textos legais das diferentes esferas da Federação, além de proporcionar aumento remuneratório, implica aumento do nível de complexidade e responsabilidade das atribuições do mesmo cargo.

Já o desenvolvimento horizontal, a que se reserva o termo *progressão*, consagrado pela doutrina e pela legislação para designá-lo, implica, via de regra, apenas evolução em nível remuneratório, em função de determinados requisitos espelhados na lei, sem significar mudanças de complexidade de atribuições do cargo.

De todo modo, tanto o desenvolvimento vertical como o horizontal na carreira deve se dar com base em determinados critérios – e, no contexto do serviço público, com base em critérios legais.

Tradicionalmente, as legislações nacionais dos diversos níveis da Administração Pública vêm sistematicamente utilizando, como critério de desenvolvimento na carreira, o *tempo de serviço*, o qual, contudo, sem menosprezar sua importância, não mais deve ser adotado de forma exclusiva, como outrora se admitia. Referido critério, embora sirva para retratar, entre outros valores relevantes para o exercício da função pública, a questão da vocação e do mérito, não atende às exigências de avaliação da eficiência do desempenho do servidor público.

O instituto da avaliação de desempenho apresenta-se, então, como expediente apto e adequado para definição de critérios objetivos de mensuração de desempenho orientados

pelo princípio da eficiência, os quais devem ser levados em consideração pela Administração Pública para o desenvolvimento de seus servidores na carreira.

E como já cabe à avaliação periódica de desempenho a definição de critérios para a perda de cargo público, nada impede, ao contrário, sendo antes desejável, que esses mesmos critérios sejam utilizados para fins de subsidiar decisões administrativas relacionadas à promoção e progressão na carreira, desde que tal finalidade seja prevista expressamente nas leis regulamentadoras da avaliação periódica de desempenho e também naquelas definidoras das carreiras e de seus critérios de desenvolvimento.

Portanto, seria efetivamente inadequado e até atentatório ao princípio da eficiência em sua vertente de *economicidade* cogitar a existência de dois expedientes separados de avaliação periódica de desempenho, com duas comissões de avaliação separadas, utilizando critérios de aferição diversos, apenas porque existem finalidades diferenciadas para essa avaliação. Essa regulamentação em separado só deve existir em relação à avaliação *especial* de desempenho, até por força de comando constitucional expresso (§4º do art. 41).

Conforme já exposto, a avaliação *periódica* de desempenho só pode ser única, na medida em que se apresenta como instrumento permanente e contínuo de gestão, o qual implica repercussões ora negativas, ora positivas.

Na verdade, o resultado da avaliação periódica consiste sempre e tão-somente num só: a aferição de desempenho do servidor, resultado esse que poderá ser usado tanto para fins de perda de cargo quanto para fins de promoção e progressão na carreira. O que se exige é que haja previsão, de forma expressa, na lei instituidora da avaliação periódica do servidor público, de ambas as finalidades de utilização do resultado dessa avaliação.

2.4 Da avaliação especial de desempenho do servidor público

Trata-se da segunda “espécie” de avaliação de desempenho de que cuida a Constituição da República de 1988, em seu art. 41, §4º, considerada como aquela destinada a aferir, por meio de comissão instituída para essa finalidade, a aptidão para aquisição de estabilidade no cargo efetivo, provido mediante concurso público, ocupado por servidor que esteja terminando de cumprir o estágio probatório. Consiste em instrumento de gestão relacionado com a necessidade de se pré-selecionar aqueles servidores que demonstraram, ao longo dos três anos de estágio, requisitos necessários para o fiel e permanente cumprimento do *munus* público.

O constituinte derivado optou por denominá-la *especial*, a fim de contrapô-la à outra “espécie” de avaliação de desempenho, aquela utilizada para fins de perda de cargo público e como critério para promoção e progressão na carreira, a qual deve se operacionalizar em bases periódicas.

A avaliação *especial* de desempenho, ao contrário, não possui periodicidade predeterminada, até porque se desenvolve de acordo com a necessidade de a Administração Pública avaliar seus servidores ocupantes de cargo efetivo ao término do estágio probatório. Como a dinâmica administrativa relativa à realização de concursos públicos para preenchimento de cargos efetivos não requer periodicidade regular, na medida em que depende da análise, por parte da Administração Pública, da necessidade e oportunidade desse evento, os estágios probatórios que se seguem às nomeações desses concursos também ocorrerão em bases não regulares.

Assim, essa “espécie” de avaliação de desempenho, por adotar orientação diversa da avaliação periódica, não apenas em relação à periodicidade de sua realização, deve

seguir normatização própria, tendo em vista suas especificidades constitucionais. O fundamento da operacionalização da avaliação especial de desempenho diverge daquele da avaliação periódica, razão pela qual devem ser consideradas “espécies” separadas de avaliação, com regras e princípios próprios de implementação, devendo ser estudadas em apartado. Não foi outra a justificativa pela qual o constituinte derivado tratou-as separadamente em regras diferenciadas no art. 41.

Feitas essas considerações, cumpre atentar para duas principais questões constitucionais pertinentes à avaliação especial de desempenho. São elas: seu *modo de instituição*, já que, ao contrário do que ocorreu com a avaliação periódica de desempenho, em que se definiu a lei complementar, o constituinte não especificou instrumento normativo algum para sua disciplina; e as *conseqüências jurídicas decorrentes de sua não realização*, tanto em tempo hábil (logo após estágio probatório) ou em tempo algum.

Em relação a essa primeira questão, suscita-se a dúvida de haver necessidade de edição de instrumento *legal* (no sentido formal e material) para a instituição da avaliação especial de desempenho e, em não havendo tal exigência, qual seria a natureza dessa norma instituidora.

Com efeito, a regulamentação da avaliação especial de desempenho prescinde de lei. A própria Constituição da República de 1988, em seu art. 41, §4º, propositadamente não determina instrumento específico para a instituição dessa “espécie” de avaliação, pelo que a melhor exegese aponta para a inserção dessa responsabilidade no escopo de competência de atuação de cada um dos chefes dos Poderes constituídos (incluindo-se Ministério Público e Tribunais de Contas), na condição de dirigentes superiores de seus respectivos serviços públicos.

Cumpra-se asseverar que o instrumento instituidor da avaliação especial de desempenho poderá ser, então, do ponto de vista *formal*, *decreto* executivo ou *resolução* dos chefes dos demais Poderes, tendo como *conteúdo* um *regulamento* – regra geral e *abstrata*, mas não inovadora (no que se diferencia da lei em sentido material) – entendido como ato decorrente do exercício de poder regulamentar atribuído a cada dirigente de Poder.²⁰⁰

Ressalte-se que não se defende a possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de expedição de *regulamentos autônomos*, ou seja, de regulamentos que não se reportam a lei alguma e cuja legitimidade é extremamente questionada na doutrina nacional. Na verdade, o fundamento do regulamento da avaliação especial de desempenho radica-se *diretamente* na norma constitucional do art 41, §4º. Esta consiste autonomamente na regra que autoriza expedição de regulamento para seu fiel cumprimento.

Esse raciocínio encontra apoio no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera como hipótese em que tem cabida o regulamento, os casos “... em que o enunciado legal pressupõe uma *averiguação ou operacionalização técnica* [...] a serem resolutas em nível administrativo, até porque, muitas vezes, seria impossível, impraticável ou desarrazoado efetuá-las no plano da lei.”²⁰¹

O regulamento da avaliação especial de desempenho vem justamente balizar o *modus procedendi* da Administração Pública nessa seara, haja vista ser desarrazoada a

²⁰⁰ Adota-se, nesta seção, concepção de *regulamento* muito próxima à definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem (2002, p. 305) este instrumento consiste em “... ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à *execução da lei* cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.” Na verdade, prefere-se compreender o regulamento não como ato privativo do *chefe do Poder Executivo*, mas privativo de *chefe de Administração Pública, de qualquer um dos Poderes*, pelo que passa-se a admitir a possibilidade de expedição de regulamentos pelos chefes das casas legislativas, dos tribunais, inclusive os de contas e do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas competências administrativas.

²⁰¹ MELLO, C. A. B., 2002, p. 323.

espera de edição de lei específica de iniciativa de cada um dos Poderes, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, para disciplinar referida matéria em relação a seus servidores.

Importa, também, atentar para fato de que a competência regulamentar do chefe da Administração Pública se apresenta como *dever* sempre que necessária a delimitação administrativa interna da discricionariedade a ele concedida, tal como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁰² Esse entendimento permite conceber a regulamentação da avaliação especial de desempenho, nos termos do art 41, §4º da Constituição da República de 1988, como responsabilidade do chefe da Administração Pública (no âmbito de cada Poder), o qual não pode mais atribuir eventual “mora” estatal na regulamentação dessa matéria ao processo legislativo, muitas vezes lento e tormentoso.²⁰³

De todo modo, nada impede que a regulamentação da avaliação especial de desempenho seja feita nos termos de *lei*. Tal alternativa apresenta-se até mesmo desejável num contexto democrático, na medida em que o expediente avaliatório em exame repercute direta e decisivamente na esfera de interesses de servidores públicos. A aquisição da estabilidade inegavelmente inscre-se na seara de interesses dos servidores públicos em estágio probatório.

No entanto, o fato de a *lei* (em sentido formal e material) estar mais apta, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a disciplinar aludida matéria, especialmente em função de sua relevante capacidade legitimadora no âmbito da sociedade, não há obstáculo, conforme analisado, para que a avaliação especial de desempenho seja

²⁰² MELLO, C. A. B., 2002, p. 316.

²⁰³ Cumpre asseverar que o fato de a avaliação especial de desempenho poder ser instituída via regulamento não significa admitir seja sua operacionalização arbitrária ou destituída de instrumentos que garantam a participação, em contraditório, dos envolvidos no referido processo, ou que restrinja a ampla defesa do avaliado. Esta temática será mais bem tratada no capítulo seguinte.

instituída por *regulamento*, desde que o chefe da Administração Pública não se valha desse instrumento de forma arbitrária e impermeável à participação dos servidores públicos.

Vale assinalar ainda, nessa linha de raciocínio, que também não se pode negar possibilidade de *lei complementar* regulamentar a avaliação especial de desempenho do servidor público, tal como o constituinte exigiu para a avaliação periódica de desempenho. Cumpre repetir que as avaliações *periódica* e *especial* são “espécies” do “gênero” avaliação de desempenho do servidor público – sendo suas finalidades o que as distinguem entre si – podendo, até mesmo, estruturarem-se com base em critérios e fatores avaliatórios de desempenho idênticos.

Assevere-se, contudo, consoante já alertado, que nem toda a sistematização de ambas as “espécies” de avaliação pode se igualar. A Constituição da República de 1988 ressalta a imprescindibilidade que a comissão avaliadora da avaliação especial de desempenho seja *específica* para sua finalidade, o que implica concluir que essa não pode ser a mesma comissão responsável pela avaliação periódica de desempenho dos servidores públicos. Nesse sentido, ainda que eventualmente regulamentadas em mesmo dispositivo legal, há conteúdo mínimo que distingue uma “espécie” de avaliação de desempenho da outra, ensejando esfera mínima de normatização diferenciada.

Vale destacar que a conclusão de que a comissão da avaliação *especial* de desempenho não pode ser a mesma que a da avaliação *periódica* de desempenho não implica assumir que os membros de ambas não possam ser necessariamente os mesmos. O que a Constituição da República exige é que a comissão especial seja instituída para a finalidade específica da avaliação de desempenho para fins de aquisição de estabilidade, podendo ser comissão *ad hoc*, ou, ainda, apresentar os mesmos membros que a comissão

da avaliação periódica. De todo modo, em qualquer situação, as duas comissões não são idênticas, porque instituídas com finalidades específicas pré-determinadas e diferenciadas.

Superado o primeiro questionamento, referente à natureza da norma instituidora da avaliação especial de desempenho, em relação à segunda questão, relativa às *conseqüências jurídicas da não implementação da avaliação especial de desempenho após estágio probatório*, a discussão apresenta-se bem mais complexa. O debate jurídico envolve a hipótese de se considerar, caso não seja procedida a avaliação especial de desempenho conforme impõe o comando constitucional do art. 41, §4º, ter o servidor público ocupante de cargo efetivo adquirido a estabilidade. Em outras palavras, na medida em que “falhou” ou “se omitiu” a Administração Pública em não realizar avaliação especial de desempenho após estágio probatório, teria ou não o servidor público, ocupante de cargo efetivo, que ingressou no serviço público mediante concurso, direito à estabilidade?

Com efeito, não pode o servidor público em tal situação (ocupante de cargo efetivo, que ingressou no serviço público mediante concurso) ser prejudicado em função da inércia administrativa em regulamentar e efetivamente pôr em prática a avaliação especial de desempenho, cuja operacionalização apresenta-se como *dever* da Administração Pública. Há que se compreender, portanto, a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 ao art. 41, inclusive o novo §4º – a qual não existia no texto original da Carta Magna de 1988 – como, em parte, norma constitucional de *eficácia plena* (com aplicabilidade imediata) e, em outra parte, norma constitucional de *eficácia limitada*, isto é, que estará apta apenas a gerar seus efeitos após a indispensável regulamentação infraconstitucional.

Sem dúvida, a disposição referente à mudança do período de efetivo exercício no cargo, que caracteriza o período de estágio probatório de dois para três anos, prescinde de

regulamentação infraconstitucional para gerar efeitos plenos, pelo que deve ser considerada como norma de aplicabilidade imediata. No entanto, os comandos constitucionais relativos à operacionalização da avaliação de desempenho, tanto periódica quanto especial, não dispensam regulamentação infraconstitucional, sem o que jamais poderão gerar efeitos jurídicos. O próprio constituinte derivado dispôs expressamente sobre a necessidade de lei complementar instituir avaliação periódica de desempenho, cujo efeito da perda de cargo público só poderá advir após referida regulamentação. Enquanto não houver sido editada referida lei complementar, tal como já discutido na seção 2.2, não poderá servidor estável algum ser destituído do cargo em função de insuficiência de desempenho.

Da mesma forma, considerando igual necessidade de regulamentação infraconstitucional da avaliação especial de desempenho, esse requisito constitucional para aquisição da estabilidade do servidor público ocupante de cargo efetivo fica temporariamente sem efeito. O outro requisito constitucional, qual seja, a exigência de exercício efetivo no cargo por três anos, por ser norma de aplicabilidade imediata, vige plenamente. Mas após transcorrido esse período sem que a Administração Pública tenha procedido à avaliação especial, não há como negar a estabilidade ao servidor nessa situação.

Essa argumentação apela para os princípios da *razoabilidade* e da *segurança jurídica*, na medida em que confere direito a novo *status* jurídico (estabilidade) a servidor que não deu causa ao não cumprimento do outro requisito exigido constitucionalmente – a regulamentação da avaliação especial de desempenho – que é de responsabilidade exclusiva da Administração Pública. A parte que cabe ao servidor, isto é, o efetivo exercício no cargo por três anos, não se lhe deixa de exigir, mas a inércia administrativa na

regulamentação da avaliação especial de desempenho não pode condená-lo a uma situação de instabilidade no serviço público cuja causa não possa a ele ser imputada.

Portanto, não se cogita de suposta interpretação “pró-servidor público” no sentido de *dispensar* requisito exigido constitucionalmente para lhe conferir estabilidade. Com efeito, a aprovação em avaliação especial de desempenho após estágio probatório continua como requisito indispensável, cuja responsabilidade de operacionalização destina-se à Administração Pública, mas que, enquanto não regulamentado, não está apto a gerar qualquer efeito jurídico. Não há, pois, *dispensa* de requisito constitucional algum, mas o *reconhecimento de inaplicabilidade* de requisito enquanto não advier regulamentação necessária.

Por fim, uma última indagação, de grande relevância, ainda a respeito dessa matéria, persiste e deve ser discutida: caso a Administração Pública venha a regulamentar o procedimento da avaliação especial de desempenho, qual o *status* jurídico (em relação à estabilidade) dos servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos, que já tenham ingressado no serviço público mediante concurso, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, isto é, após a exigência de aprovação no estágio probatório para a aquisição de estabilidade?

Com base na argumentação feita nos parágrafos anteriores, aqueles servidores que, no momento da aprovação da regulamentação da avaliação especial de desempenho, já tiverem cumprido efetivamente o período de estágio probatório de três anos, mesmo sem terem sido avaliados não poderão ser submetidos à referida avaliação especial porque já terão adquirido a estabilidade por terem adimplido *todos* os requisitos constitucionais *vigentes à época* do término do período de estágio. Negar aos servidores o direito à estabilidade, submetendo-os à emergente avaliação especial de desempenho, ocasionaria

ofensa grave ao ato jurídico perfeito, cuja proteção é garantida pelo art. 5º, XVI, da Carta Magna.

Quanto aos servidores que ainda não cumpriram o período de três anos de efetivo exercício no cargo, não se lhes poderá negar sejam submetidos à avaliação especial de desempenho. No entanto, com apelo aos princípios da *razoabilidade* e da *segurança jurídica* e sem desconsiderar a exigência do cumprimento de três anos de efetivo exercício no cargo, o período avaliativo fixado na lei regulamentadora da avaliação especial de desempenho não poderá *retroagir* para avaliar período de estágio já cumprido anteriormente ao momento da aprovação do referido regulamento.

Em outras palavras, caso determinado servidor, a título de exemplo, já tenha cumprido dois anos de efetivo exercício no cargo no momento da aprovação da regulamentação de avaliação especial de desempenho, o período que a Administração Pública deverá considerar para a avaliação de seu estágio será o do (um) ano seguinte à entrada em vigência do regulamento da avaliação especial, desconsiderando-se o período inicial de dois anos já cumpridos de efetivo exercício no cargo.

A razão para tanto é simples: durante o período inicial de dois anos de efetivo exercício, a Administração Pública ainda não definira a operacionalização da avaliação de desempenho do servidor público, tampouco os critérios em que se basearia para a avaliação do estagiário, pelo que esse período não poderá ser levado em conta para o julgamento de seu desempenho. Somente o período ainda a cumprir de estágio, após a entrada em vigor da regulamentação de referido expediente avaliatório, pelo fato de ser exercido com o prévio conhecimento dos critérios avaliativos, respeitando-se, com isso, os princípios da *razoabilidade* e *segurança jurídica*, deverá compor o período de avaliação do servidor em estágio probatório.

Pelo exposto, depreende-se que o período avaliativo somente equivalerá ao período de três anos de efetivo exercício no cargo, a que alude o *caput* do art. 41 da Constituição da República de 1988, quando o servidor ocupante de cargo efetivo ingressar no serviço público com a regulamentação da avaliação especial de desempenho já aprovada em caráter definitivo.

Abordados alguns pontos principais da matéria constitucional relativa ao instituto da avaliação de desempenho do servidor público, cuida-se, no próximo capítulo, de proceder à abordagem desse instituto à luz das regras e princípios jurídicos do *processo* e *procedimento* administrativo.

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS PROCESSUALÍSTICOS DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

Este capítulo visa a analisar o instituto da avaliação de desempenho do servidor público à luz de sua consideração como *processo* ou *procedimento* administrativo com a conseqüente pertinência teórico-prática que esse entendimento imprime ao seu regime jurídico no contexto do Estado Democrático de Direito.²⁰⁴

Antes de tudo, porém, cumpre tratar, em apertada síntese, de um dos mais clássicos e tormentosos debates dentro da Teoria Geral do Direito: a distinção entre *processo* e *procedimento*. Tal distinção tomará como base a doutrina italiana, consagrada por apresentar juristas de elevado quilate no estudo desse tema.

Busca-se, com isso, analisar a diferença carreada pela doutrina jurídica sobre essas duas figuras e considerar em que medida referida distinção ainda se apresenta relevante e útil para o Direito contemporâneo. Em se constatando a remanescente pertinência de tal

²⁰⁴ É inegável a tendência doutrinária em considerar cada vez mais relevante o *processo* ou *procedimento* como instrumentos concretizadores de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, João Carlos S. Gonçalves Loureiro (1995, p. 70), utilizando os termos *processo* e *procedimento* de forma indistinta, sustenta que “Os procedimentos são instrumentos adequados à redução da complexidade, sem sua eliminação. Trata-se de operadores destinados a obter aquilo que na teoria de Luhmann poderemos denominar ‘complexidade adequada’” E prossegue (p. 70-71): “Assim, se o procedimento não é condição suficiente para uma decisão justa, é condição necessária, sendo correcto, neste sentido, considerar como característica determinante do paradigma jurídico dominante a procedimentalização.”

diferenciação, proceder-se-á ao enquadramento do instituto da avaliação de desempenho como *processo ou procedimento* administrativo.²⁰⁵

3.1 Dos aspectos unificadores do processo e do procedimento

A primeira consideração a se fazer nesta sede é a de que o fenômeno *processo* ou *procedimento* se apresenta como realidade comum a vários ramos da Ciência do Direito – do Direito Processual aos ramos de Direito “material”, como o Direito Administrativo – bem como observável no desenvolvimento de qualquer função estatal, seja jurisdicional, legislativa ou administrativa. Conforme assevera Carlos Ari Sunfeld, o “... fenômeno processual [ou procedimental] não é exclusivo da Jurisdição, antes é característico das várias funções do Estado e do tipo de *vontade* que elas expressam.”²⁰⁶

Trata-se ainda de instituto jurídico cuja dinâmica se desdobra desde a competência existente para o exercício de determinada função estatal (“potência”) até o ato exarado em decorrência do exercício dessa competência. Pelo *processo* ou *procedimento*, tal como expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, a vontade administrativa “se estrutura, se

²⁰⁵ Ressalte-se que, até por não ser objeto essencial desta dissertação, o estudo do *processo* e do *procedimento* administrativo não será exaustivo, tampouco esgotará o tema, cuidando antes de analisar alguns pontos doutrinários estrategicamente essenciais para a consolidação de posicionamento que atenda de forma adequada às diretrizes deste trabalho.

Cumpra ainda asseverar que, até o momento, nesta dissertação, por ainda não se ter feito distinção científico-metodológica entre *processo* e *procedimento*, ambos termos têm sido usados indistintamente, e continuarão sendo, até ser procedida, neste capítulo, à necessária distinção entre ambas figuras.

Finalmente, importa advertir para o fato de que esta discussão pode parecer até despicienda, na medida em que a regra constitucional do art 41, §1º, inciso III, expressamente destaca a locução “procedimento de avaliação periódica de desempenho”, pelo que não restariam dúvidas a respeito de que se trata de *procedimento* e não *processo* administrativo. Todavia, o debate não pode se restringir à mera questão semântica. Conforme adiante se desenvolverá, defende-se ter o constituinte derivado utilizado o termo “procedimento” sem maior rigor técnico-jurídico, ou mesmo num sentido mais *lato*, o que, de modo algum, retira a relevância de se empreender o aprofundamento teórico da distinção *processo-procedimento*.

²⁰⁶ SUNDFELD, 1987, p. 66.

compõe, se canaliza e a final se estampa.”²⁰⁷ E, ressaltando lição de Sundfeld, assevera que o ato proveniente do exercício da função estatal não surge do nada, mas percorre intervalo para seguir da abstração até a concreção.²⁰⁸

Essa abordagem *estendida* (que destaca a “lacuna” existente entre “potência” e ato) e *abrangente* (que admite o *processo* ou *procedimento* como figura comum a qualquer das funções estatais clássicas) do fenômeno processual ou procedimental iniciou-se a partir da diferenciação, procedida pela doutrina jus-administrativista italiana, entre esse instituto e o dos atos administrativos compostos e atos administrativos complexos.²⁰⁹

Prevalencia, portanto, até então, entendimento segundo o qual *processo* se apresentava como objeto de estudo exclusivo do Direito Processual, concebendo-se *procedimento* como figura jurídica amalgamada com os institutos dos atos administrativos complexos ou compostos. Assim, os primeiros estudos na seara do Direito Administrativo a respeito desse fenômeno consagravam apenas a utilização do termo *procedimento*. Nesse sentido, o instituto *procedimento administrativo* se aproximava bem mais do *ato administrativo* do que do *processo jurisdicional*. Parecia não haver qualquer intenção em relacionar o *procedimento* com o *processo* – tais institutos eram tratados por abordagens diferenciadas.

A autonomização do *procedimento* administrativo em relação ao *ato* administrativo inicia-se com os estudos de Ugo Forti, um dos primeiros juristas italianos a analisar mais detidamente o *procedimento* a partir de enfoque do Direito Administrativo, já no final da

²⁰⁷ MELLO, C. A. B., 2002, p. 430.

²⁰⁸ MELLO, C. A. B., 2002, p. 430.

²⁰⁹ Nos atos complexos, há, segundo Maria Sylvania Z. Di Pietro (1999, p. 207) “... manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um único ato; [...] há identidade de conteúdo e de fins”. Já o ato composto resulta “... da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal.”

década de 1930. O professor italiano procurou distinguir referido fenômeno jurídico dos atos complexos e compostos concebendo mais uma modalidade de ato administrativo, a qual denominou *atto procedimento*.

Segundo essa lógica, o *procedimento* na condição de ato administrativo se caracteriza por “... *una serie di comportamenti consecutivi, legati in successione logica e legalmente necessaria*.”²¹⁰ Assim, para Forti, embora semelhantes (até porque espécies do gênero *ato jurídico administrativo*), os atos *complexos, compostos e procedimentos* não mais se confundiam.

Coube, contudo, a Aldo Sandulli, após a primeira autonomização do *procedimento* ainda na condição de ato administrativo empreendida por Forti, a consideração do fator *tempo* como característica ontológica desse instituto jurídico. Para Sandulli, “*Quella del procedimento è dunque una nozione formale – nel senso in cui questo aggettivo si contrappone a sostanziale – attinente all’aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in piu momenti nel tempo*.”²¹¹

Cumprе ressaltar que o fenômeno procedimental, por implicar desdobramento de sucessão de atos jurídicos ao longo do *tempo*, pode ser encerrado em diversas etapas ou fases, as quais Sandulli classifica em *preparatórias, constitutivas e integrativas da eficácia*²¹².

A caracterização de cada uma dessas fases não importa no momento – o que se deve assinalar é o desvelamento de amplo campo de estudos que permanecia obscurecido pela

²¹⁰ FORTI, Ugo. “Atto” e “procedimento” administrativo (Note critiche) in: *Studi di Diritto Pubblico in Onore de Oreste Ranalletti*, Padova, 1931, p. 441-466 *apud* LOUREIRO, 1995, p. 46. Tradução livre da citação: “... uma série de comportamentos consecutivos, ligados em sucessão lógica e legalmente necessária”.

²¹¹ SANDULLI, 1959, p. 36. Tradução livre da citação: “A [característica] do procedimento é, portanto, uma noção *formal* – no sentido em que esse adjetivo se contrapõe a *substancial* – atinente ao aspecto dinâmico de um fenômeno que se concretiza em muitos momentos no tempo.”

²¹² SANDULLI, 1959, p. 78 e ss.

limitada concepção de *procedimento* como *ato* jurídico administrativo, ainda que complexo ou composto. O instituto do ato administrativo não mais se prestava a caracterizar adequadamente a figura do procedimento administrativo, cuja forma de abordagem científica tendia a se aproximar inexoravelmente da do *processo* jurisdicional.

Complementarmente à tese de Sandulli, na década de 1950 Feliciano Bienvenuti enuncia a fórmula geral que define procedimento como *forma de uma função*²¹³. Conforme assinala João Carlos S. Gonçalves Loureiro, comentando a teoria desse autor italiano, "... entre o poder e o acto, há um hiato que tem que ser preenchido pela noção dinâmica de função, cuja forma sensível de externalização é o procedimento", pela qual *função* deve ser entendida como "momento da concretização do poder em ato."²¹⁴

Após Sandulli e Bienvenuti, João Carlos S. Gonçalves Loureiro ressalta que a doutrina italiana assiste a adaptações das teses desses autores, com tonalidades diferentes. Conso ressalta o caráter do *procedimento* como *fattispecie* de formação sucessiva.²¹⁵ Serio Galeotti, por sua vez, aborda o *procedimento* como manifestação de energia jurídica produzida pelo primeiro ato da série, suficiente para impulsionar a sucessão de atos "meio" até o ato "total final"²¹⁶. Já Franco Bassi defende não haver diferença entre *função* e *procedimento*, já que ambas as figuras disciplinariam o hiato existente entre poder e ato.²¹⁷

²¹³ BIENVENUTI, 1952, p. 118-143.

²¹⁴ LOUREIRO, 1995, p. 47-48.

²¹⁵ LOUREIRO, 1995, p. 48. *Fattispecie* consiste em termo consagrado pela doutrina italiana, podendo ser entendido como "... *quell'elemento o quel complesso di elementi, cui l'ordinamento del diritto ricollega un certo effetto giuridico.*" (SANDULLI, 1959, p. 41. Tradução livre: "... aquele elemento ou complexo de elementos cujo ordenamento do direito reconhece um certo efeito jurídico.) Nesse sentido, tanto *processo*, quanto *procedimento*, seriam modalidades de *fattispecies*.

²¹⁶ GALEOTTI, Serio. Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico: *JUS*, 1955, p. 502-565 *apud* LOUREIRO, 1995, p. 49-50.

²¹⁷ BASSI, Franco. *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*. Milano, 1969, p. 134 e ss & *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Milano, 1984, p. 31-32 *apud* LOUREIRO, 1995, p. 50.

De todo modo, as concepções de *procedimento* administrativo como sucessão de atos estendidos no *tempo* (devida a Sandulli) e como *forma de função* (advogada por Bienvenuti) jamais deixariam de ser as características essenciais da teoria moderna do procedimento administrativo na Itália, influenciando decisivamente os estudiosos do Direito para além da “Bota”.

Pelo exposto, pode-se concluir que aquilo que existe entre a competência para o exercício de um ato jurídico e o ato estatal exarado, que consubstancia uma decisão estatal, incluindo-se esses dois extremos, é fenômeno jurídico (*fattispecie*) comum às três funções estatais clássicas e fenômeno único do ponto de vista da Ciência do Direito. Todavia, por conta da tendência fragmentadora desse ramo científico em compartimentos autônomos (no caso em questão, entre o ramo do Direito Processual e os ramos do Direito “material”), a doutrina houve por bem estudar o *procedimento* administrativo como se fosse figura totalmente alheia à teoria do *processo* (jurisdicional).

A toda evidência, cumpre resgatar o estudo do *processo* e do *procedimento* como categorias da Teoria Geral do Direito, a ponto de se propor definição que atenda aos anseios de processualistas, administrativistas, dos juristas como um todo. A ênfase deve ser deslocada da consideração do ramo jurídico que estuda esse fenômeno (Direito Processual vs. Direito Administrativo) para a consideração do *iter* (caminho) existente entre “potência” e ato jurídico estatal.

Cumpram ainda destacar a necessidade de existência de determinado nível de formalização desse *iter*, porque tal seqüência de atos não pode se dar de qualquer maneira, ao alvedrio do agente público competente.

Assim, pode-se definir esse *iter* (caminho) basicamente como a *sucessão logicamente orientada de atos jurídicos "meios", ao longo do tempo, com a observância de certo grau de formalidade, objetivando a exarcação de um ato jurídico "final"*.

Em face do exposto, com base nesse foco seqüencial de atos jurídicos, resta superado o posicionamento de alguns juristas brasileiros, como o de Carlos Ari Sunfeld, que consideram inapropriada a utilização do termo *processo* para essa sucessão de atos jurídicos na seara administrativa, devendo tal termo ter sua utilização restrita ao processo *jurisdicional*.²¹⁸

Defende referido autor a utilização da expressão *procedimento administrativo* para designar toda a "função semelhante ao *processo judicial*, isto é, visa a designar a somatória de trâmites necessários ao desenvolvimento da atividade administrativa."²¹⁹ Caso se utilizasse a expressão *processo administrativo* em substituição a *procedimento administrativo*, correr-se-ia o risco de suscitar entendimento no sentido de que somente aquelas sucessões de atos jurídicos em que houvesse partes em litigiosidade se caracterizariam como verdadeiros "processos" (como ocorre no Direito Processual), ou no sentido de que se pudessem cogitar efeitos jurisdicionais (*definitividade* que caracteriza a coisa julgada no Direito Processual) aos atos ultimados com o "processo" administrativo. Sunfeld ainda alerta para a possível confusão da matéria com a dos atos administrativos emanados do próprio Poder Judiciário.²²⁰

Com efeito, a posição dessa corrente, calcada mais em critérios de ordem de conveniência doutrinária do que em critérios propriamente científicos, ainda que reconheça

²¹⁸ SUNDFELD, 1987, p. 72.

²¹⁹ SUNDFELD, 1987, p. 73.

²²⁰ SUNDFELD, 1987, p. 74.

similaridade entre *processo* e *procedimento*, não deve prevalecer porque, efetivamente, a sucessão lógica de atos rumo a um ato jurídico final é fenômeno comum às três funções estatais tradicionais. Não há como negar a existência de *processos* ou *procedimentos administrativos, legislativos e jurisdicionais*.

Nesse sentido, não parece razoável restringir a utilização do termo *processo* somente à seara do Direito Processual apenas em razão de se ter aí consagrado originariamente o estudo desse fenômeno jurídico. Fosse assim, o estudo do *contrato* e do *ato jurídico*, por exemplo, restringir-se-ia ao campo do Direito Civil. A própria consolidação da Ciência do Direito, com método científico próprio e específico, exige que categorias e fenômenos jurídicos semelhantes sejam tratados uniformemente nos devidos termos.

Esse enfoque do *processo* ou *procedimento* como sucessão lógica de atos jurídicos de quaisquer espécies implica também a desconsideração de outras teorias, como a de Lúcia Valle Figueiredo, a qual, sob influência de Giannini, diferencia *processo* de *procedimento* administrativo com base na existência de *controvérsias*, situações de *acusação em geral* ou *litigância*, que seria característica exclusiva do primeiro fenômeno²²¹.

No mesmo sentido, rechaça-se a tese defendida por Marçal Justen Filho, segundo a qual *processo* sempre pressupõe relação *trilateral*, em que existe um juiz imparcial a julgar o conflito entre as duas partes, ao passo que o *procedimento* seria “dual”, como ocorre nos expedientes perante a Administração Pública, a qual é sempre parte interessada e juiz da

²²¹ FIGUEIREDO, 2001, p. 414.

causa sob sua apreciação. Ou seja, somente haveria *processo* em situações em que se garantisse a imparcialidade da instância julgadora.²²²

Pelo debatido até o momento e com fundamento na opção metodológica de se conceber como característica definidora do *processo* ou do *procedimento* a sucessão lógica de atos jurídicos “meios”, ao longo do tempo, rumo a ato jurídico “final”, sugere-se inexistir distinção entre referidos termos. Nada mais equivocado, haja vista que a essa definição, que enfatiza a sucessão lógica de atos, foi omitido elemento essencial.

Com efeito, cumpre defender, sim, distinção entre *processo* e *procedimento* no âmbito da Teoria Geral do Direito. Não distinção de caráter puramente semântico ou que se baseie em elementos acidentais desse fenômeno jurídico, mas distinção que se dê na exata medida de sua utilidade prática para os anseios da concretização de um Estado Democrático de Direito, objetivo do qual o Estado brasileiro não pode se desvencilhar, por força de mandamento constitucional (art. 1º da Constituição da República de 1988).

Nesse sentido, a diferença entre *processo* e *procedimento* não deve se dar a partir da consideração de qual ramo jurídico estuda o fenômeno, ou em qual função estatal ele se acomoda, mas a partir de perspectiva da análise, neste momento apresentada, do elemento definidor da distinção útil entre esses dois fenômenos. Esse elemento diferenciador consiste justamente no *contraditório* a se desenvolver entre as partes envolvidas nesse encadeamento sucessivo de atos.

²²² JUSTEN FILHO, 1998, p. 115-116. Na verdade, tais posicionamentos teóricos, como outros tantos que existem a respeito desta matéria, não podem ser considerados equivocados. Apenas não se prefere utilizá-los na medida em que partem de pressupostos diferenciados que não seguem a linha de raciocínio empreendida nesta dissertação.

3.2 Do contraditório como aspecto distintivo entre processo e procedimento – a tese de Elio Fazzalari

Atribui-se ao jurista italiano Elio Fazzalari o aprofundamento do estudo do *contraditório* como elemento responsável pela diferenciação entre *processo* e *procedimento*. Como já exposto, a doutrina mundo afora adota vários critérios para distinguir *processo* de *procedimento*, havendo ainda quem advogue pela desnecessidade de se proceder a tal diferenciação (já que tanto *processo* quanto *procedimento* nada mais são que “mera” sucessão de atos logicamente orientados, ao longo do tempo, de atos “meio” rumo a ato “final”). No entanto, a partir da perspectiva do Direito contemporâneo, fomentador do Estado Democrático, o critério que deve orientar a existência dessa distinção somente pode ser o do *contraditório*.²²³

Para Fazzalari, *contraditório* pode ser entendido como:

... partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione dell'atto), nella rilevanza delle medesime per l'autore dell'atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba

²²³ O contraditório, juntamente com a ampla defesa, é tratado por diversos autores nacionais, como Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 481), como princípio integrante de princípio mais amplo, o do devido processo legal. Tanto o princípio do contraditório e da ampla defesa, quanto o do devido processo legal, vêm expressamente consagrados, respectivamente, nos art. 5º, incisos LV e LIV da Constituição da República de 1988, podendo ser ainda concebidos como elementos de um princípio conformador constitucional mais amplo – o do Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar ainda que Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2002, p. 23) negam utilidade da distinção entre *processo* e *procedimento* ou a adoção de graus ou modelos diferenciados desse fenômeno jurídico. Na verdade, o que referidos autores combatem é distinção que ressuscite, a partir de mero jogo de palavras, antiga concepção de caráter arbitrário que nega possibilidade de participação dos administrados nos procedimentos de natureza não-punitiva ou não sancionatória. De acordo com eles, o contraditório e ampla defesa devem estar presentes em todos os procedimentos ou processos administrativos – a nomenclatura não importa – sejam eles punitivos, sancionatórios ou não. Tal posicionamento não conflita com a orientação dessa dissertação, em face da amplitude que se dará à concepção de processo, conforme adiante se desenvolverá.

*subbire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati.*²²⁴

Ou seja, a noção que define a essência do *contraditório* consiste justamente na abertura de possibilidade de participação dos destinatários do ato jurídico final exarado na definição desse seu conteúdo.

Cumpra, todavia, esclarecer que a noção de *contraditório* a sustentar um Estado Democrático de Direito não se restringe à concepção *formalista*. Não basta apenas cuidar de abrir possibilidade de intervenção do destinatário na formação da vontade procedimental ou processual, mas também assegurar que a participação do destinatário seja efetiva e de qualidade, que ele detenha realmente condições de influenciar a formação do ato jurídico final. O *contraditório* deve se revestir, assim, de caráter tanto *formal* quanto *substancial*.

Importa asseverar, contudo, que a efetiva observância do *contraditório* formal e substancial em determinado *processo* ou *procedimento* não implica aceitação espontânea, por parte dos destinatários, dos efeitos do ato jurídico final exarado. Significa afirmar que a existência de *contraditório* formal e substancial garante a *legitimação social*²²⁵ do exercício da função estatal, ainda que não garanta que o efeito prático seja o desejado pelos

²²⁴ FAZZALARI, 1975, p. 29. Tradução livre: "... a participação dos destinatários dos efeitos do ato final à fase preparatória do mesmo, na simétrica paridade de suas posições, na mútua implicação de sua atividade (voltada, respectivamente, a promover e a impedir a emanação do ato) na relevância do mesmo pelo autor do ato: de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – avançado ou modesto não importa – de sensações, de reações, de controles, e deva subir os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva ter ciência dos resultados".

²²⁵ *Legitimação social* compreende-se, segundo lição João Carlos S. Gonçalves Loureiro (1995, p. 95), como "... recurso a grandezas mensuráveis empiricamente, obtidas pelo moderno arsenal instrumental das Ciências Sociais. [...] trata-se de se saber se os cidadãos reconhecem como justa uma certa ordem, na esteira da proposta weberiana."

implicados no efeito do ato jurídico final, em inegável remissão à teoria da *legitimação pelo procedimento* advogada por Niklas Luhmann.²²⁶

Fazzalari já atentava para a necessária oposição entre os sujeitos processuais (ou procedimentais) em contraditório, pelo que sugere a inexorável sucumbência de uma das partes envolvidas, quando da exarcação da decisão estatal final. Nesse sentido, “*L'essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un 'interessato' e un 'contrainteresato': sull'uno dei quali l'atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull'altro effetti pregiudizievoli.*”²²⁷

Compreendida a idéia de *contraditório* de acordo com Fazzalari, cumpre asseverar que sua presença será mandatória para aquelas *fattispecies* denominadas *processos*. É exatamente a lição do mestre processualista italiano:

*C'è, insomma, "processo" quando in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti. in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare.*²²⁸

²²⁶ Conforme expõe João Carlos S. Gonçalves Loureiro (1995, p. 112), “Sendo correcta a colocação do problema da legitimação do domínio no plano empírico como propôs Max Weber, importa, no entanto, segundo Luhmann, conseguir a aceitação das decisões independentemente do seu conteúdo. Esta operará por força dos procedimentos adoptados.” A respeito da teoria procedimental de Luhmann, conferir sua obra *Rechtssoziologie – II*, Hamburg, 1972, traduzida para o português como *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro, 1985.

²²⁷ FAZZALARI, 1975, p. 31. Tradução livre: “A essência expressa do contraditório exige que aqui participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’: sob um dois quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e sob os outros efeitos prejudiciais.”

²²⁸ FAZZALARI, 1975, p. 30. Tradução livre: “Há, em suma, ‘processo’ quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não apenas – e obviamente – do seu autor, mas ainda dos destinatários de seus efeitos, *em contraditório*, de modo que esses possam desenvolver atividade do qual o autor do ato deva ter em consideração, e cujos resultados eles possam desatender, mas não ignorar.”

Pelo exposto, de acordo com Fazzalari, procedimento é *gênero* do qual o processo se constitui *espécie*. Apenas aqueles *procedimentos*, no âmbito de qualquer função estatal – administrativa, legislativa e jurisdicional – que apresentarem o contraditório, podem ser entendidos como verdadeiros *processos*. As demais sucessões lógicas de atos “meio” objetivando ato jurídico “final”, sem a presença de contraditório, devem ser entendidas como *procedimento*.

3.3 Concepção a se adotar de processo e procedimento

A concepção de Fazzalari a respeito do *processo*, empreendida na seção anterior, ainda que não unânime entre os doutrinadores, apresenta suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito.²²⁹ Por conta dela, o *processo*, ainda que espécie do gênero *procedimento*, adquire contornos de instituto viabilizador da *legitimação social* da produção jurídica estatal, na medida em que não se apresenta como qualquer encadeamento lógico de atos “meio” rumo a ato jurídico “final”, mas porque exige a participação dos destinatários desse evento na construção do conteúdo desse ato “final”.

O *processo* passa a se ocupar e se preocupar não apenas com as normas que garantam o regular encadeamento de atos, com observância à questão temporal e, em

²²⁹ Cumpre trazer a lume, haja vista a ausência de unanimidade doutrinária a respeito da distinção *processo-procedimento*, outra concepção de *procedimento*. Trata-se de concepção *restrita*, que relaciona esse termo à noção de *rito*, isto é, de *modo* pelo qual o *processo* se desenrola. A idéia de *procedimento* como *rito* é defendida por diversos representantes da doutrina jurídica. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 433), *procedimento* é a forma de especial de realização do *processo*, isto é, o “aspecto externo” deste. Em sentido semelhante, Egon Bockmann Moreira (2003, p. 38) entende *procedimento* como modo pelo qual o *processo* se concretiza, ou seja, a “... tramitação ou a seqüência de atos na qual se desenvolve a relação processual.” Na doutrina processualista civil, tal entendimento não distoa. Enrico Tullio Liebman (1985, p. 39) define *procedimento* como “... as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e, ao mesmo tempo, o resultado de toda operação”. Da mesma forma, defende José Frederico Marques (1966, p. 15) que “Não se confunde *processo* com *procedimento*. Este é a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo.”

alguma medida, em atenção a determinado grau de formalidade, mas também com a *situação* e a *relação jurídica* de cada um dos envolvidos, em contraditório, na produção desse ato jurídico final.

Conforme defende Egon Bockmann Moreira, *processo* implica a existência de “relação jurídica específica”, a qual estabelece vínculo entre as partes com base em normas específicas predeterminadas. E o objeto do *processo* consiste justamente no motivo fático ou jurídico em virtude do qual a relação jurídica processual se desenrola.²³⁰

Em função da existência de seqüência dinâmica de fases a compor o *processo*, os sujeitos envolvidos nesse evento jurídico ostentam novo plexo de direitos e deveres, reciprocamente considerado a cada etapa da evolução do *iter* processual. As partes integrantes do *processo* passam a se reger por relação jurídica dinâmica, conformadora de novo *status* jurídico na medida em que o *processo* avança.

Nesse sentido, percebe-se o caráter construtivo do instituto processual. Ele implica a alternância do exercício de certo conjunto de direitos e deveres visando à produção de novas situações jurídicas edificadas e fortalecidas pela participação efetiva de cada uma das partes no processo.

O *processo* apresenta-se, assim, como expediente não apenas *produtor* de ato jurídico final, mas também como *legitimador* deste, desde que observada a presença do *contraditório* (formal e substancial). A concepção democrática do *processo*, ou seja, de *processo* como fomentador do Estado Democrático de Direito, fundamenta-se, pois, na exata possibilidade de que os envolvidos nesse *iter* tenham condições de interferir no conteúdo do ato final exarado.

²³⁰ MOREIRA, 2003, p. 38.

Cumprе assinalar que o conteúdo desse ato prescindе da correspondência ao desejado pelas partes. O que dele se exige, tal como já exposto, é ser reconhecido e aceito como conteúdo jurídico legítimo pelos envolvidos no *processo*, garantindo-se a estabilidade e a harmonização das relações sociais.

Do mesmo modo, o posicionamento de Fazzalari a respeito de *procedimento*, na condição de gênero do fenômeno jurídico que é a sucessão logicamente orientada de atos rumo a ato jurídico final, também é útil para a perspectiva democrática do Estado, por não deixar de englobar em sua própria concepção a noção de *processo* – que nada mais é que o *procedimento em contraditório*. Isso significa que, de alguma maneira, aqueles *procedimentos* que orientam seu desenvolvimento pelo princípio do *contraditório* (ou seja, *processos*) contribuem para o fomento de uma verdadeira Democracia estatal.

Em face do exposto, ante a inegável característica de alinhamento aos princípios do Estado Democrático de Direito, a concepção de Fazzalari acerca de *processo* e de *procedimento* é que se utiliza doravante neste trabalho. Em que pesem as críticas – procedentes, por sinal – a respeito da arbitrária compartimentalização de realidades muito parecidas em conceitos estanques, o grande mérito da doutrina *fazzalariana* consiste em destacar o *contraditório* como elemento *ontológico* de uma das espécies de *procedimento*, qual seja, o *processo*. Ao assumir essa distinção, a noção de *processo* remete inexoravelmente à idéia de *contraditório*, em nítido reforço à concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito.

3.4 Avaliação de desempenho do servidor público – processo ou procedimento administrativo?

Tendo em vista a opção pelas concepções de Fazzalari a respeito de *processo* e de *procedimento*, não restam dúvidas de que a avaliação de desempenho do servidor público constitui *procedimento*. No entanto, na medida em que a avaliação de desempenho indissocia-se da idéia de relação jurídica dinâmica a se desenvolver por meio do contraditório entre as partes envolvidas nesse fenômeno, trata-se, também, de *processo*.

A compreensão da avaliação de desempenho como *processo* implica a abordagem desse instituto sob perspectiva jurídica conciliadora, que leva em consideração não apenas o princípio da eficiência sob enfoque restrito, mas a partir de concepção legitimadora de novas situações jurídicas por ele implementadas. A avaliação de desempenho como *processo* significa a concretização do princípio da eficiência constitucional não de modo qualquer, mas de maneira que assume as orientações e os valores intimamente relacionados com a consolidação do Estado Democrático de Direito em que o Estado brasileiro propõe transformar-se.

Nesse sentido, não cabe considerar a avaliação de desempenho apenas como *procedimento* administrativo, em que pese a utilização expressa do termo “procedimento” pelo constituinte derivado no art. 41, §1º, inciso III. O melhor entendimento somente pode apontar para a utilização constitucional, nesse *locus*, do termo “procedimento”, sem rigor técnico.

Com efeito, tanto no seu sentido apregoado por Fazzalari (na condição de *gênero* do qual processo é *espécie*), como no que a doutrina tradicional concebe (na condição de rito processual), a concepção procedimental da avaliação de desempenho não é a que atende de

forma mais exata aos atuais anseios do Estado de Direito. A Administração Pública do Estado contemporâneo, sem descuidar da necessidade de obtenção de melhores resultados de suas ações do ponto de vista do cidadão, ou seja, da realização do princípio da eficiência, não prescinde de se operacionalizar da forma mais legítima possível, conceito do qual *processo* inexoravelmente indissocia-se.

Assim, ao se cogitar da importância da legitimação social das decisões administrativas, tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito, a avaliação de desempenho do servidor público deixa de se orientar apenas pela perspectiva *tecnicista* ou *tecnocrática*. A toda evidência, cumpre ressaltar que há, de fato, espaço para que institutos jurídicos fundamentados no princípio da eficiência tenham condições de concretizar uma Administração Pública verdadeiramente legítima do ponto de vista do cidadão. A Administração Pública no Estado Democrático de Direito não se preocupa apenas com o viés economicista, que concepções limitadas da eficiência jurídica insistem em lhe atribuir.

3.5 Avaliação de desempenho do servidor público e sua relação com o contraditório

Cumpre ressaltar que, na condição de *processo* administrativo, a avaliação de desempenho do servidor público deve possuir como presença marcante o *contraditório* entre as partes nela envolvidas. Administração Pública e servidor público se colocam frente a frente, de forma dialética, para informarem o processo com subsídios necessários para a conformação da melhor decisão administrativa, tanto de perspectiva eminentemente técnica, quanto de perspectiva democrática.

Ocorre que, dadas as características específicas que revestem o processo avaliatório de desempenho, o contraditório que orienta sua marcha apresenta nuances diferenciadas do

que Fazzalari originariamente concebia. Para referido autor, conforme exposto na seção 3.2, o contraditório processual sugere a necessária litigiosidade ou contraposição de interesses entre as partes envolvidas, razão pela qual a sucumbência de uma delas seria mandatória com o advento da decisão processual final.

Caberia cogitar, na avaliação de desempenho do servidor público, a existência de necessária litigiosidade entre Administração Pública e servidor público? À primeira vista, esse parece ser o entendimento evidente, na medida em que, uma vez instaurado referido processo, caberia ao servidor público a incumbência de informar a comissão de avaliação, no sentido de conformar sua decisão, a respeito da sua capacidade profissional, supostamente contestada pela Administração Pública.

Entretanto, esse entendimento não atende à concepção de avaliação de desempenho como instituto jurídico conformador do princípio da eficiência sob perspectiva democrática. O contraditório da avaliação de desempenho do servidor público deve ser concebido como expediente que contribui para a formação compartilhada da melhor decisão administrativa, na medida em que avaliado e avaliador se afiguram como membros de uma mesma organização superior. Estes não devem se colocar em posições necessariamente opostas porque, na verdade, nada mais são que agentes de uma mesma Administração Pública.

A avaliação de desempenho não pode ser compreendida como “caça às bruxas”, e sim como instrumento de aprimoramento da gestão interna organizacional. Sabe-se que a ausência de qualquer sistema de avaliação possibilita a geração de efeitos perniciosos dentro da organização pública, na medida em que se igualam os desempenhos do bom e do mau servidor. Da mesma forma, a avaliação de desempenho tendenciosa, pré-orientada

para prejudicar este ou aquele servidor, não contribui para a consolidação de ambiente organizacional sadio.

Com efeito, somente um sistema de avaliação de desempenho com finalidades claras e bem determinadas, que seja orientado levando-se em conta a estrutura e os objetivos organizacionais da instituição, aliado à viabilização de contraditório que permita a ambos contribuírem favoravelmente para a identificação de estrangulamentos organizacionais, subsidiando soluções para o desenvolvimento institucional, pode prosperar.

Defende-se, pois, contraditório que não seja mero jogo de *soma-zero*, isto é, em que para uma das partes ganhar, a outra deva necessariamente perder em igual medida, mas contraditório *positivo* e *construtivo*, legitimador, no contexto do processo da avaliação de desempenho do servidor público, da decisão administrativa mais eficiente e democrática possível.

Assim, a avaliação de desempenho permeada pela possibilidade de construção de decisão administrativa final – fundamentada em contraditório *positivo* – será decisiva para o aprimoramento individual de cada servidor público avaliado e para o atendimento dos objetivos e finalidades primordiais da Administração Pública.

3.6 Avaliação de desempenho e a aplicabilidade da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

Ponto de destaque nesta matéria consiste a análise da repercussão jurídica da Lei Federal nº 9.784/1999 em relação à avaliação de desempenho do servidor público em nível federal, tendo em vista a ausência de regulamentação específica sobre essa espécie de

processo administrativo. Reconhecendo-se referido instituto jurídico como *processo* e, considerando que a ementa da mencionada lei determina que a ela cabe regular "... o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal", não há dúvidas a respeito da relevância do estudo da lei geral de processo administrativo nesta sede.

Para orientar o debate, duas considerações devem ser fixadas de plano. A primeira delas é a de que a Lei nº 9.784/1999 é lei *geral* de processo administrativo (no âmbito da Administração Pública Federal) que visa "... em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração" (art. 1º).

A outra consideração essencial é a de que o processo de avaliação de desempenho constitui-se em processo *sui generis*, em que as partes envolvidas (avaliador e avaliado), ainda que em alguma medida situem-se em pólos processuais opostos, desenvolvem seus atos a partir de contraditório *positivo*, construtor de sistema de gestão integrado, haja vista serem responsáveis pela consecução de objetivos maiores da instituição pública.

Nesse sentido, à primeira análise, em que não se consideraria o servidor público avaliado como *administrado*, porque, na verdade, apresentar-se-ia como *instrumento* da Administração Pública que o avalia, não caberia cogitar a aplicabilidade da Lei nº 9.784/1999 a esse processo. A avaliação de desempenho, na condição de processo administrativo exclusivamente *interno*²³¹, não comportaria a principiologia e os regramentos fornecidos pela Lei nº 9.784/1999, que cuida e regulamenta a proteção dos cidadãos-administrados frente ao poderio "extroverso" da Administração Pública.

²³¹ Segundo Alberto Xavier (1976, p. 141), a expressão *processo interno* pode ser empregado tanto na acepção de "... processo destinado à prática de um ato interno, como de processo que nasce e se desenvolve no âmbito da Administração Pública sem a cooperação de particulares". Entende ainda referido autor (p. 141) ser a segunda acepção tecnicamente a mais rigorosa.

Todavia, esse, certamente, não é o melhor entendimento. Em que pese a compreensão de que a juridicização da avaliação de desempenho do servidor público é corolário da constitucionalização do princípio da eficiência, por se constituir em *processo* e, portanto, apresentar-se como instrumento legitimador da atividade administrativa por conta da presença de contraditório *positivo*, referido instituto possui contornos muito mais amplos que sua mera consideração como processo *interno* à Administração Pública poderia conceber.

O servidor público, sem embargo de ser agente da Administração Pública, cujos objetivos orientam sua atuação, não pode deixar de ser compreendido na condição de cidadão titular de direitos e deveres perante o Estado. Nisso reside o caráter *sui generis* do processo de avaliação de desempenho. Trata-se de processo que ora enfatiza sua perspectiva *interna* (Administração Pública vs. servidor público-agente), ora sua perspectiva *externa* (Administração Pública vs. servidor público-cidadão).

A toda evidência, há que se assegurar, em alguma medida, a aplicabilidade da Lei nº 9.784/1999 nos processos, eventualmente em curso, de avaliação de desempenho de servidores públicos, no âmbito da Administração Pública federal, até o advento da lei regulamentadora específica de que trata o art. 41 da Constituição da República de 1988.

Em face do exposto, o grande desafio nesta seara consiste justamente em se identificar qual o *limite* de aplicabilidade da Lei nº 9.784/1999 ao processo de avaliação de desempenho do servidor público. Até porque referido processo não se iguala a outras espécies de processos administrativos, como os de licitação, os de desapropriação e os que se desenvolvem perante outros órgãos públicos como o Tribunal de Contas da União, casos em que a jurisprudência tem se posicionado favorável à aplicabilidade da Lei geral de

processo administrativo, ainda que em caráter subsidiário²³², cumpre o estabelecimento de critérios mínimos a orientar os operadores do Direito acerca dessa aplicabilidade.

Egon Bockmann Moreira, ao dissertar sobre o escopo de atuação do princípio do *due process* (devido processo) na atuação administrativa em geral, arrola como critérios orientadores dessa aplicação a *possibilidade* e a *utilidade*.²³³ Para ele, “Sempre que possível e útil o devido processo legal deve ser posto em prática para regular a conduta da Administração Pública.”²³⁴

A noção de *possibilidade*, para referido autor, relaciona-se incisivamente com a viabilidade prática de se adotar alguma modalidade de processo para conformar a decisão administrativa. Assim, o *devido processo* não terá lugar quando se apresentar a necessidade de atuação imediata por parte da Administração Pública. Quanto à idéia de *utilidade*, refere-se à avaliação potencial de que a melhor decisão administrativa se dará com o advento de um processo. Eventualmente, pode-se prescindir da “processualização” da atuação administrativa, quando evidente que a melhor decisão pode ser obtida com os elementos de que a Administração Pública já dispõe.²³⁵

Tomando como base a doutrina exposta e transportando-a para o debate empreendido nesta seção, conclui-se que não cabe discutir a respeito da *possibilidade* e da *utilidade* do *devido processo* na avaliação de desempenho do servidor público. A processualização da avaliação de desempenho será sempre *possível* e *útil*, porque a

²³² A esse respeito, conferir recentes acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao MS 24.095-DF (rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23.08.2002) e ao MS 23.550-DF (rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31.10.2001).

²³³ MOREIRA, 2003, p. 273.

²³⁴ MOREIRA, 2003, p. 273.

²³⁵ Segundo Alberto Xavier (1976, p. 141), a expressão *processo interno* pode ser empregado tanto na acepção de “... processo destinado à prática de um ato interno, como de processo que nasce e se desenvolve no âmbito da Administração Pública sem a cooperação de particulares”. Entende ainda referido autor (p. 141) ser a segunda acepção tecnicamente a mais rigorosa.

Administração Pública não pode, lançando mão da auto-executoriedade, demitir ou promover servidor público sem processo algum. Tampouco poderá ela prescindir das informações a serem obtidas em contraditório (entre avaliador e avaliado) para a conformação de sua decisão final.

No entanto, é possível a adaptação dos critérios *possibilidade e utilidade*, a partir da discussão originária dos limites da aplicação do *devido processo* em relação à atuação administrativa em geral, para o debate a respeito dos limites da aplicação da Lei nº 9.784/1999 em relação ao processo de avaliação de desempenho. Sob esse novo enfoque, o critério *possibilidade* passa a se referir à viabilidade de *adaptação* ou *adequação* de determinadas regras da Lei nº 9.784/1999 ao processo de avaliação do servidor público. Já o critério *utilidade* passa a se reportar à consideração de que a utilização, ainda que adaptada, de determinadas regras da referida Lei geral do processo administrativo, viabilize a tomada, por parte da Administração Pública, de decisão de melhor *qualidade* do ponto de vista da eficiência administrativa numa perspectiva democrática.

Assim, a maioria das regras da referida lei será de *possível* aplicação no processo de avaliação de desempenho porque suscetíveis de adaptação a esse processo administrativo. Citem-se, como exemplos, regras referentes aos direitos e deveres dos administrados (capítulos II e III), aos impedimentos e suspeições (capítulo VII) à forma, tempo e lugar dos atos do processo (capítulo VIII). Outras regras, por sua vez, não atenderão ao critério da *possibilidade*, como é o caso da regra contida na segunda parte do *caput* do art. 5º, referente à permissão de se iniciar o processo a pedido do interessado, entendido como servidor público, o qual jamais poderá suscitar início de processo da avaliação de desempenho.

Outras regras, embora *possíveis* de utilização, podem não ser *úteis* para os objetivos do processo da avaliação de desempenho do servidor público. Mencione-se, como exemplo, a regra de legitimação geral de interessados (capítulo V) para atuarem no processo e, em especial, a regra contida no art. 58, de legitimação para a interposição de recursos administrativos.

Em relação a esta última, o risco reside na possibilidade de que sindicatos e associações de classe venham a tumultuar o desenvolvimento das etapas do processo avaliatório, protelando a decisão final, acarretando prejuízos para esse sistema de gestão que se impõe contínuo e permanente. Não se questiona a possibilidade de que tais sindicatos ou associações acompanhem o processo dos servidores ou mesmo sejam chamados para a definição *a priori* dos critérios que orientarão o processo avaliatório, mas a participação tumultuária dessas entidades pode e deve ser combatida por parte da Administração Pública.

Portanto, até que lei específica disponha sobre a normatização do processo de avaliação de desempenho do servidor público, as regras e princípios da Lei geral de processo administrativo são susceptíveis de aplicação, nos processos de avaliação de desempenho eventualmente em curso no âmbito da Administração Pública Federal, desde que *possíveis e úteis* aos objetivos perseguidos pelo sistema avaliatório da Administração Pública.²³⁶

²³⁶ Uma possível crítica que pode ser feita a respeito dessa conclusão consiste em que a averiguação, com base nesses dois critérios, da admissibilidade das regras e princípios da Lei 9.784/1999 ao processo de avaliação de desempenho, deve ser feita pela Administração Pública, a qual pode atuar com *desvio de finalidade*. No entanto, tal risco de desvio é inerente à atividade administrativa que repercute diretamente no cidadão administrado. De todo modo, a atuação da Administração Pública, em hipótese alguma, pode se desvencilhar dos controles existentes (interno, jurisdicional, social, etc) para sua conformação aos interesses de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a averiguação da conformação desses critérios pode e deve ser submetido ao sistema de controles existentes das atividades administrativas.

CAPÍTULO 4 – DO SUBJETIVISMO NA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

Este capítulo final cuida de abordar o tema do *subjetivismo* no processo de avaliação de desempenho do servidor público, a partir de perspectiva superadora do posicionamento de alguns juristas, segundo a qual referido processo não pode gerar efeitos jurídicos caso seus critérios avaliatórios não possuam caráter objetivo.²³⁷

O problema da subjetividade dos critérios da avaliação de desempenho, se já causa preocupação por parte dos estudiosos da Ciência da Administração, apresenta-se como relevante perplexidade a ser superada no âmbito da Ciência do Direito, sem o que referido processo jamais poderá se consagrar.

Nesse sentido, o debate, nesta sede, apresenta como eixo principal a questão da possibilidade de determinação de critérios de avaliação de desempenho totalmente objetivos. E, em caso negativo, se o processo de avaliação de desempenho possui condições de gerar efeitos jurídicos, como a perda de cargo público e a promoção de servidor público ocupante de cargo efetivo na carreira, sem flagrante desrespeito aos valores e princípios jurídicos cujo zelo está a cargo do Poder Judiciário.

²³⁷ É que defende, por exemplo, Vladimir da Rocha França (2000, p. 173).

4.1 Da relação do subjetivismo com a Ciência do Direito

As ciências contemporâneas apresentam como um de seus pressupostos de aplicação o dogma do *objetivismo*. O conhecimento científico desenvolve-se com vigor, a partir do século XVII, com base no *cartesianismo*²³⁸, suplantando outras formas de conhecimento até então conhecidas, como o mítico, o religioso e o filosófico, para ser atualmente considerado o único meio fidedigno para a transmissão do conhecimento humano.

O conhecimento mitológico, fundamentado nas fábulas e poderes sobrenaturais de seus heróis; o conhecimento religioso, radicado na revelação dos mistérios divinos, e o conhecimento filosófico, que mais se ocupava em indagar do que em constatar a essência de seus objetos, possuem em comum o fato de não se preocuparem em estabelecer sistema rígido de desenvolvimento e controle de suas conclusões, pelo que a falta de delimitação segura entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível se torna inexorável.

Dessa forma, o objeto a ser conhecido carrega, em seu desvelamento, o referencial de categorias e valores pré-determinados do sujeito cognoscente, prejudicando a revelação de sua real essência. A essa “promiscuidade” entre sujeito e objeto de conhecimento pode se dar o nome de *subjetivismo*.

Por óbvio, o contraponto ao *subjetivismo* é o *objetivismo*, fundamento pelo qual o conhecimento científico se processa, tendo como pressuposto o distanciamento entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Por conta desse afastamento, sugere-se a pureza do conhecimento da essência do objeto na medida em que este não se apropria das

²³⁸ Coube a René Descartes, por meio de várias obras, entre as quais se destaca o *Discurso sobre o Método*, de 1637, o desenvolvimento do método científico, de caráter eminentemente *objetivo* e que prevalece até os dias de hoje, constituído *grasso modo* pelas etapas de *evidência, análise e síntese*.

inflexões originárias do contexto referencial de cada sujeito cognoscente. Em outras palavras, em virtude do *objetivismo*, o desvelamento do objeto cognoscível se realiza com o mesmo sentido, independentemente do sujeito cognoscente.

O Direito, na condição de ciência, houve também por se apropriar do dogma do objetivismo como um de seus pressupostos. Tendo como pano de fundo a preocupação com a *segurança* das relações sociais, princípio dos mais caros a esse ramo das ciências, a aplicação dos princípios e regras da Ciência do Direito de maneira subjetiva sempre se apresentou como ameaça a ser superada pelos juristas.

A norma jurídica requer, no estágio atual de desenvolvimento desse ramo científico, que os critérios, tanto de sua hipótese ou antecedente quanto de seu mandamento ou conseqüente, venham definidos (ou pelo menos sejam passíveis de definição, no momento de sua aplicação) em termos objetivos, sem ambigüidades ou suscetibilidade de interpretação ao alvedrio do aplicador do Direito. Somente assim a estabilidade das relações jurídico-sociais estaria assegurada pelo ordenamento jurídico estatal.

4.2 Do subjetivismo e sua relação com o atual debate doutrinário sobre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Imprescindível, neste momento, não deixar de relacionar o intenso debate doutrinário empreendido na atualidade a respeito da técnica da *discricionariedade* e dos *conceitos jurídicos indeterminados* na aplicação das normas jurídicas, especificamente no âmbito do exercício da função administrativa estatal, com o tema do *subjetivismo* jurídico.

A *discricionariedade*, concebida por Hans Huber como o “Cavalo de Tróia dentro do Estado de Direito”²³⁹, tem sido reiterada e equivocadamente confundida com *liberdade* para além da lei ou da regra da jurídica posta, verdadeiro expediente de aplicação arbitrária do Direito, imune a qualquer tipo de controle por parte dos órgãos competentes.

Segundo enunciado cada vez mais contestado, sempre que a lei ou a norma jurídica não trazer em sua estrutura, seja na sua hipótese, seja em seu mandamento, a determinação unívoca (entenda-se *objetiva*) de seus critérios de incidência e de operação, respectivamente, caberá ao aplicador da lei ou da norma (por exemplo, o administrador público), de forma discricionária, a interpretação desses critérios, segundo seu melhor juízo, sem que isso possa implicar transgressão ao Direito.

Quisesse o legislador não dar margem a diferentes possibilidades de interpretação da lei ou da norma, teria se valido de critérios de aplicação de natureza *vinculada*, que não deixariam questionamentos a respeito de sua incidência prática ou não. Cite-se, por exemplo, a regra da aposentadoria compulsória do servidor público aos setenta anos de idade, situação que não deixa dúvidas a respeito de sua ocorrência ou não no mundo fático.

No atual contexto do debate doutrinário, em face da potencial ameaça que a *discricionariedade* oferece à segurança jurídica – na medida em que representa hipótese de insindicabilidade (impossibilidade de controle) jurisdicional – constata-se tendência no sentido de se defender, diante do caso concreto de aplicação das normas de Direito, a ocorrência da denominada “atrofia da discricionariedade”.

Noutros termos: há graus diferenciados de discricionariedade – esta se apresenta muito mais ampla quando da elaboração abstrata da norma. Todavia, no momento de sua aplicação, a situação concreta tende a restringir ao máximo a liberdade de interpretação, a

²³⁹ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 392.

ponto de indicar uma única solução possível, da qual o aplicador da norma jurídica não pode se desvencilhar.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello defende discricionariedade balizada e restringida por princípios jurídicos, em especial o da *razoabilidade*, definindo-a da seguinte maneira:

... a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²⁴⁰

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, também atentos para a importância de se delimitarem as hipóteses de ocorrência da discricionariedade, de modo a potencializar o controle sobre atividade estatal arbitrária, definem-na como sendo "... essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos."²⁴¹

De todo modo, a idéia de discricionariedade administrativa (isto é, discricionariedade no âmbito do exercício da função administrativa) remete à noção de impossibilidade de controle por parte do Poder Judiciário, na medida em que este não pode apreciar o mérito da Administração Pública quanto aos critérios de interpretação da norma jurídica aplicada, em nome do princípio constitucional conformador da separação de poderes. A noção de *subjetivismo* aí se encontraria presente pelo fato de que a intenção que moveria o agente da Administração Pública seria preponderantemente de caráter *interno*, insuscetível de contornos objetivos. A

²⁴⁰ MELLO, C. A. B., 1993, p. 48.

²⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 394.

discricionariiedade, corolário do *subjetivismo* do administrador público, mesclar-se-ia “perigosamente” com a idéia de *arbitrariiedade*.

Na verdade, como forma de restrição às hipóteses de ocorrência de *discricionariiedade* irrestrita, a doutrina atual tende a ampliar a compreensão a respeito da ocorrência da técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Conforme García de Enterría e Fernandez ressaltam, somente é possível delimitar adequadamente as hipóteses da ocorrência de *discricionariiedade* – restringindo-se, assim, o subjetivismo dos agentes públicos na aplicação das normas jurídicas – se bem definidas as situações de aplicação da técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados*.²⁴²

Nesse sentido, cabe de início comentar sobre os conceitos jurídicos *determinados*. Estes podem ser entendidos, *grosso modo*, como aqueles que delimitam idéia ou noção de maneira precisa e inequívoca, como, por exemplo, a regra geral de que a maioria se adquire aos dezoito anos completos.²⁴³ A constatação da ocorrência de tal hipótese na realidade social não acarreta maiores dificuldades ao aplicador do Direito.

Quanto às situações de ocorrência dos conceitos jurídicos *indeterminados*, asseveram os autores espanhóis que “... a lei refere uma esfera de realidade cujos limites

²⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 393.

Segundo a professora Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 65-66), a origem dessa doutrina ocorreu na Áustria do século XIX, a partir da controvérsia Benatzik-Tezner. O primeiro jurista considerava que os conceitos jurídicos (*legais*, segundo sua expressão) indeterminados possibilitavam discricionariiedade na atuação do agente público, posição a que se opunha Tezner. A disputa doutrinária levou ao desenvolvimento de duas teorias – a da *multivalência*, segundo a qual os conceitos indeterminados podem sugerir múltiplos entendimentos (no que se aproximariam da discricionariiedade) e a da *univocidade*, cujos defensores advogam a existência de apenas uma única solução interpretativa diante do caso concreto. Posteriormente, esse debate migrou para a Alemanha, onde prosperou sem precedentes e onde se fixou a preferência doutrinária pela teoria da univocidade.

Vale mencionar, ainda, posicionamento de Eros Roberto Grau (1995, p. 315-316) segundo o qual a *indeterminação* não pode ser atribuída a *conceitos* (que são sempre suma de idéias determinadas), mas aos *termos* que expressam esses conceitos (esses sim passíveis de indeterminação). De todo modo, cumpre não adentrar a esse debate haja vista que considerar a *indeterminação* como qualidade do *conceito* ou do *termo* que o expressa não traz prejuízo para a seqüência da discussão empreendida nesta seção.

²⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNANDEZ, 1991, p. 393.

não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta.”²⁴⁴

Segundo, ainda, os mencionados autores, em que pese o fato de a norma trazer em sua estrutura conceitos jurídicos *indeterminados* sob perspectiva abstrata, como, por exemplo, a improbidade, a boa-fé, diante de caso concreto a *determinabilidade* desses conceitos deverá ser inafastável. Assim, “... é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá, ou não se dá o conceito; ou há boa-fé, ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*.”²⁴⁵

A distinção entre a técnica da *discricionarietà* em relação à técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados* reside na consideração das diferentes responsabilidades atribuídas ao Poder Judiciário diante da ocorrência de ambas as hipóteses. De acordo com Eros Roberto Grau, se ao Poder Judiciário não cabe a apreciação e o controle da *discricionarietà* administrativa, por outro lado, não cabe escusar-se do controle referente à aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* porque, neste último caso, trata-se de mera interpretação da lei diante de situações concretas.²⁴⁶ Grau resume bem as hipóteses de ocorrência de ambas as técnicas ao descrever o exercício da *discricionarietà* como emissão de *juízos de oportunidade* na eleição de *indiferentes jurídicos*, ao passo que na aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* ocorre a emissão de *juízos de legalidade*, suscetíveis, portanto, de plena sindicabilidade jurisdicional.²⁴⁷

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNANDEZ, 1991, p. 393.

²⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 393.

²⁴⁶ GRAU, 1995, p. 318.

²⁴⁷ GRAU, 1995, p. 318.

Sem embargo de a consideração ampliada das hipóteses de ocorrência da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, em detrimento das hipóteses de ocorrência da discricionariedade, implicar maior possibilidade de controle sobre a atividade estatal, ainda assim, não se pode negar a presença, nessa primeira situação, do *subjetivismo* na atuação do administrador público. Essa constatação pode ser aferida a partir da lição de Eros Grau a respeito da natureza da interpretação jurídica. De acordo com o professor paulista, a *interpretação* da norma jurídica, que ele considera sinônimo de *aplicação*, “não é *ciência*, mas *prudência*”. Nesse sentido, assevera que:

As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de uma ou outra significação (*conceito*) a determinada coisa, estado ou situação, linear ou unidimensionalmente, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de *prudência*.²⁴⁸

Prudência deve ser entendida como “*saber prático, a phrónesis a que se refere Aristóteles, na Ética a Nicomano.*”²⁴⁹ A *prudência*, conforme assevera Grau, tratando da lição do filósofo heleno, jamais será *ciência* (cujo objeto é demonstrável), tampouco *arte* (que cuida da produção de bens), mas *virtude*, “... uma *disposição* (capacidade) *acompanhada da razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para o ser humano.* [...] A *prudência* é, pois, *razão intuitiva*, que não discerne o *exato*, porém o *correto* – não é *saber puro*, separado do ser.”²⁵⁰

Assim defende Grau, citando Herman Heller, operar a interpretação do Direito em termos do código *aceitável/inaceitável* ou *justificável/injustificável*, e não do código

²⁴⁸ GRAU, 1995, p. 319.

²⁴⁹ GRAU, 1995, p. 323.

²⁵⁰ GRAU, 1995, p. 324.

verdadeiro/falso.²⁵¹ A natureza da interpretação normativa reside, pois, na capacidade *interna e pessoal* do intérprete discernir o *adequado* do *inadequado*.

Percebe-se, portanto, que a noção de *subjetivismo* resta presente na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, em virtude do fato de que o critério dessa interpretação não é *científico*, ou seja, não pode se dar em bases plenamente *objetivas*.

Por todo exposto, depreende-se que a doutrina jurídica cada vez mais tem se preocupado em delimitar conceito de *discricionariedade* que não se confunda com arbitrariedade ou insindicabilidade da atuação estatal. Esse desafio só pode ser superado caso se delimitem bem as hipóteses de ocorrência da verdadeira *discricionariedade*, diferenciando-as das hipóteses de aplicação da técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Fixadas as hipóteses de ocorrência desta última situação, cabe ao aplicador do Direito, diante do caso concreto, a interpretação *prudente* da norma jurídica, com base na sua razão pessoal.

Importa deixar claro que a preocupação doutrinária em defender tanto uma *discricionariedade* razoável quanto a necessidade de *interpretação* prudente de conceitos jurídicos indeterminados fundamenta-se na ameaça que o *subjetivismo* – presente, em alguma medida, em ambas as situações – oferece para o atual estágio da Ciência do Direito. De fato, os juristas nunca se conformaram com a ambigüidade na interpretação ou na aplicação do Direito, o que é suscetível de ocorrer sempre que o *subjetivismo* prepondera sobre o *objetivismo* na definição da estrutura das normas jurídicas.

Contudo, tanto nas situações de *discricionariedade* quanto nas de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados – que não são poucas na *praxis* normativa

²⁵¹ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Trad. Luiz Tobio, México: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 27; apud GRAU, 1995, p. 324.

contemporânea – a aplicação da norma jurídica estará invariavelmente remetida a certo nível de apreciação *subjetiva* por parte de seu intérprete.

4.3 Do subjetivismo na avaliação de desempenho do servidor público

Com base no exposto, cumpre esclarecer que, em alguma medida, determinadas atividades administrativas estatais estão jungidas a níveis de subjetivismo dos quais não pode se afastar. Tal como ocorre no Poder Judiciário, em que o magistrado cria Direito ao interpretar a norma jurídica com que se depara, orientado pela força inexorável de seus valores pessoais, a atuação do administrador público, também eminentemente de aplicação da norma jurídica, vale-se de sua prudência pessoal.

No processo de avaliação de desempenho do servidor público, os critérios arrolados no instrumento que define os padrões de desempenho a serem valorados e que contém a descrição da gradação desses valores são submetidos à interpretação do administrador público avaliador. A simples eleição dos critérios que nortearão os valores a serem perseguidos pela organização avaliadora consiste *per se* numa atividade prudencial, com pouco espaço à objetividade.

Quem pode se arrogar a fixar as razões pelas quais “pontualidade”, “assiduidade”, “produtividade” e “capacidade de trabalhar em equipe”, a título de exemplo, deverão ser considerados critérios avaliatórios, ao passo que “relação interpessoal”, “proatividade” e “discrição” podem ser desconsiderados num sistema de avaliação? Naturalmente, todos esses critérios podem servir conjuntamente como base para qualquer sistema de avaliação de desempenho, mas o fato é que não há nenhuma regra *a priori* que determine quais grupos de critérios devem ser ou não utilizados. Por mais que se correlacionem os critérios

eleitos com os objetivos perseguidos pela implantação de um sistema de avaliação de desempenho – o que definitivamente deve ser incentivado – essa eleição não deixa de conter sua dose de *discricionariade* e, portanto, de *subjetivismo*.

Posteriormente, a definição do critério e a gradação de seus conceitos em “ótimo”, “bom”, “regular”, “insatisfatório”, por exemplo, passam a se utilizar de conceitos de natureza *indeterminada*. A definição de “capacidade para trabalhar em equipe” como a “aptidão que o servidor apresenta para criar ambiente estimulante e harmonioso em trabalhos em conjunto com seus companheiros” vale-se da necessidade de determinação do que seja “estimulante” ou “harmonioso”, ou mesmo qual a extensão do conceito de “ambiente”.

Da mesma forma, a fixação para fins de distinção entre o que se entende por capacidade “ótima” e capacidade “ruim” para trabalhar em equipe, padece do *subjetivismo*, o que se agrava sensivelmente no que se refere à determinação de gradações vizinhas (como “muito bom” e “bom”, ou “insatisfatório” e “ruim”, por exemplo).

Assevere-se que a questão do *subjetivismo* se apresenta ainda mais contundente no momento da interpretação desses critérios, isto é, no momento do *juízo* por parte do avaliador.

É óbvio que alguns critérios, como “pontualidade” e “assiduidade”, praticamente não enfrentam o obstáculo do *subjetivismo*, nem no momento de sua definição, tampouco em seu julgamento. Talvez por isso sejam amplamente utilizados nos sistemas de avaliação de desempenho implantados. É bem da verdade, também, que apresentam baixa capacidade de aferição de desempenho, na medida em que avaliam basicamente a mera predisposição para o serviço responsável, não sendo determinantes seguros para mensurar a qualidade do trabalho produzido.

A toda evidência, constata-se a irrenunciável presença do *subjetivismo*, seja na definição *a priori* dos critérios de avaliação de desempenho, seja na definição desses critérios e, principalmente, na interpretação dos mesmos pela comissão avaliadora. Isso, contudo, não pode motivar a inviabilidade da implantação desse instituto jurídico.

Sabe-se que a atividade jurisdicional, que não escapa ao exercício da apreciação prudente das normas jurídicas por parte do magistrado, não possui sua legitimidade institucional contestada na sociedade. Nesse sentido, o desafio da Administração Pública consiste em atribuir à atividade administrativa de natureza eminentemente *judgadora*, como é o caso da avaliação de desempenho do servidor público, essa mesma legitimidade ou legitimidade semelhante.

Todavia, para se atingir essa legitimidade muitos obstáculos precisam ser superados, como, por exemplo, o argumento a respeito da diferença do nível de preparação entre cada atividade, visto ser inegável a maior rigidez e complexidade que a formação de magistrados apresenta em relação à dos administradores públicos.

Entretanto, esse critério distintivo não é razoável, haja vista que do ponto de vista da natureza da atividade, a formação de administradores públicos não dispensa rigidez ou complexidade. E a presença da *prudência* como norte da atividade jurisdicional resta intocada, independentemente do grau de dificuldade que a formação de seus agentes demanda. A natureza da atividade do magistrado e a do agente público membro da comissão de avaliação de desempenho, no que se refere à interpretação prudencial das normas com as quais se deparam, permanece semelhante.

Nesse sentido, o dever de dotar a atividade administrativa de caráter julgador, como a atividade de avaliação de desempenho do servidor público, de legitimidade suficiente para impor suas decisões, ainda se apresenta como desafio a ser superado. O Poder Judiciário

apresenta tal legitimidade por conta de sua prestigiosa evolução histórica, concretizada a partir de sua independência consagrada em praticamente todas as Constituições nacionais desde há séculos.²⁵²

Em relação ao processo de avaliação de desempenho, possível instrumento de sua legitimação seria a viabilização do *contraditório positivo* em sua estruturação, desde a eleição dos critérios avaliatórios até a abertura de determinado nível recursal contra os julgados. Dessa forma, com a participação dos destinatários da avaliação de desempenho em sua estruturação, restringe-se a margem de possíveis questionamentos a respeito da lisura do processo, contribuindo para o fortalecimento desse instituto.

Aliado ao *contraditório positivo*, a estruturação de *sistema de avaliação de desempenho em rede*, que envolva em sua operacionalização não apenas níveis hierárquicos inferiores de servidores, mas também as chefias intermediárias e mais estratégicas, de modo a que o desempenho de cada membro da organização possa ser mapeado na instituição como um todo, pode contribuir para a legitimação desse processo.

Dessa forma, a responsabilidade pelos “estrangulamentos” institucionais não fica restrita aos níveis operacionais, pois a capacidade de liderança e motivação das chefias também é avaliada e passa a ser considerada como potencial causa para eventual ineficiência observada na organização. Viabiliza-se, assim, *responsabilização compartilhada* entre todos os integrantes da organização no que se refere à busca pela eficiência institucional.

Independentemente de qual solução adotar na busca pela legitimação da avaliação de desempenho do servidor público, cumpre estar atento à lição de João Carlos S.

²⁵² Por óbvio não cabe comparação entre a evolução da atividade do Poder Judiciário e a do processo de avaliação de desempenho do servidor público. O que se constata, contudo, é a necessidade de esta última atividade também apresentar sua legitimidade, a aceitação harmoniosa, mas não subserviente, de suas decisões.

Gonçalves Loureiro, segundo o qual a crença exacerbada no racionalismo objetivo deve dar lugar à *lógica do razoável*, do *adequado*, ou mesmo da *prudência*.

Nesse sentido, não cabem reparos à conclusão do referido autor português, segundo a qual “A própria teoria econômica neo-utilitarista reconhece os défices de informação e o seu impacto nas escolhas dos decisores, pondo fim à ‘esquizofrenia das Ciências Sociais’: o caminho consiste na procura de uma solução suficientemente boa, mas não óptima.”²⁵³

²⁵³ LOUREIRO, 1995, p. 126.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar, em duas partes distintas, o instituto da avaliação de desempenho do servidor público sob perspectiva eminentemente jurídica.

Na primeira delas, buscou-se instrumentalizar o trabalho com os subsídios teóricos necessários para a compreensão do instituto da avaliação de desempenho do servidor público como consectário lógico da natureza ancilar da Administração Pública e da constitucionalização do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro advindo com a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Na segunda parte, objetivou-se o delineamento dos contornos jurídicos da avaliação de desempenho do servidor público. Primeiramente, o instituto foi analisado a partir de sua abordagem originária da Ciência da Administração, campo fértil de pesquisa sobre o tema.

Posteriormente, cuidou-se do estudo dos principais aspectos constitucionais da avaliação de desempenho do servidor público, em especial os relacionados às suas espécies ou modalidades e à natureza jurídica de seus instrumentos regulamentadores.

Antes de desenvolvimento do capítulo final, que tratou da polêmica questão do subjetivismo na implementação da avaliação de desempenho, procedeu-se à sua abordagem na condição de processo administrativo, com todas as implicações pertinentes que essa concepção traz a seu regime jurídico.

Tendo essa perspectiva à vista, seguem as principais considerações a serem feitas²⁵⁴:

²⁵⁴ Utiliza-se numeração com base, respectivamente, na *parte* da dissertação (1 ou 2), *capítulos* (1 a 4) e *divisão* do capítulo, de modo a facilitar a remissão às seções internas do trabalho.

1.1.1. *Estado, Governo e Administração Pública* são realidades jurídicas cuja distinção é de suma importância para a compreensão do contexto político da sociedade contemporânea.

1.1.2. O *Estado*, além de ser analisado à luz de seus elementos integrantes (povo, território e soberania), pode ser estudado a partir de suas concepções *sociológica, política e jurídica*. Percebe-se o caráter multifacetado dessa instituição que, inexoravelmente, abarca essas três dimensões, por se constituir em grupo organizado com determinado grau de formalização, com o objetivo de perseguir os interesses comuns do grupo, prescrevendo condutas a seus integrantes.

1.1.3. *Governo*, a ser entendido em suas acepções *subjéctiva e objectiva*, corresponde ao grupo mais estratégico do Estado, que se responsabiliza pelo exercício da função política ou de governo, isto é, dos atos de superior gestão da vida estatal.

1.1.4. A *Administração Pública* traz em sua essência a idéia de instrumentalidade, ou o exercício de função pública em nome de outrem. Responde pela concreção das diretrizes maiores do Estado, cuja elaboração competiu à função de governo. A Administração Pública, sem olvidar a necessidade de viabilizar instrumentos que fomentem a participação dos cidadãos em suas decisões, deve cuidar precipuamente do atendimento de seus objetivos (eficácia) da melhor maneira possível (eficiência) do ponto de vista dos cidadãos.

1.2.1. A noção de *eficiência* somente passa a ser objeto de estudo sistematizado com o advento da *Administração Científica*, no final do século XIX e início do século XX. Coube a Frederick Taylor e a Henry Fayol a estruturação dessa nova ciência, com a conseqüente relevância que a noção de eficiência passaria a ter para os demais ramos do conhecimento humano.

1.2.2. Em virtude da consagração de uma Ciência da Administração, a doutrina da Administração Pública desenvolve-se sem precedentes. Max Weber, sociólogo alemão, precursor da teoria das formas de dominação, concebe, no início do século XX, a *teoria burocrática da Administração*, associando esse paradigma à forma de dominação institucional-legal. Coube ainda a Weber demonstrar a relação intrínseca que a noção burocrática de Administração mantém com a noção de eficiência. A Administração Pública na condição de organização burocrática incorpora, indelevelmente, em sua estática e dinâmica, a nota de eficiência.

1.2.3. Por influência da teoria weberiana, o Estado brasileiro, no século XX, inicia processo de burocratização de sua Administração Pública, ainda excessivamente atrelada ao patrimonialismo herdado da administração portuguesa. Esse processo apresentou três marcos principais. O primeiro deles, a *implantação do DASP*, em 1938, consistiu na primeira tentativa de imprimir à Administração Pública brasileira uma burocracia profissional. Num segundo momento, o *Decreto-Lei nº 200*, de 1967, objetivou o incremento da eficiência administrativa mediante a consagração de instrumentos de descentralização e a desconcentração da Administração Pública, sem olvidar a preocupação com a instituição de mecanismos de controle. Finalmente, o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, em 1995, tentou implementar novo paradigma gerencialista na Administração Pública brasileira. As duas primeiras reformas não foram tão exitosas por não terem extirpado totalmente resquícios do patrimonialismo na esfera administrativa nacional. Quanto à última, por ter partido de premissas equivocadas, propugnando gerencialismo desconectado com a *praxis* administrativa brasileira e ignorando a necessidade de fortalecimento das instituições burocráticas, ainda menos êxito obteve.

1.2.4. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, embora incipiente, conduziu ao processo de *constitucionalização do princípio da eficiência* do ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 (a qual, na esteira de referido princípio, também constitucionalizou o instituto da avaliação de desempenho do servidor público). Sem embargo do posicionamento de vários doutrinadores, segundo o qual desnecessária e inútil consistiu a constitucionalização de tal princípio, não cabe negar sua relevância como mais um balizador da estrutura e da atividade da Administração Pública brasileira.

1.2.5. Na condição de princípio não mais restrito à Ciência da Administração e à Economia, mas sem delas se descompatibilizar totalmente, a eficiência assume inegável conteúdo jurídico. Com o apoio da doutrina européia, defende-se, no ordenamento jurídico brasileiro, conteúdo jurídico da eficiência nos termos da *busca do atendimento às finalidades públicas, da melhor maneira possível, tendo em vista os limitados recursos disponíveis*. Tal definição deve ser revisitada à luz do princípio conformador do *Estado Democrático de Direito* e de seus subprincípios, como o *republicano* e o da *dignidade da pessoa humana*, de forma a legitimar a eficiência como princípio constitucional verdadeiramente substantivo.

2.1.1. Antes de se erigir a instrumento gerencial no serviço público, a avaliação de desempenho desenvolve-se eminentemente no *setor privado*, na condição de um dos objetos de estudo da Ciência da Administração.

2.1.2. Os especialistas no estudo da avaliação de desempenho compartilham preocupação no sentido de que esse instrumento de aprimoramento da gestão organizacional deve se ocupar de aferir os resultados dos membros de uma instituição com base em padrões comparativos de desempenho pré-definidos. O que deve ser avaliado é

sempre o *desempenho*, cuja noção jamais deve se confundir com a de atributos ou aptidões pessoais do indivíduo avaliado.

2.1.3. Em perspectiva histórica do instituto, constata-se já ter havido simulacros de avaliação de desempenho desde a China medieval, passando pelos jesuítas católicos, até organizações militares do século XIX. Mas foi com o advento da *Administração Científica*, a partir de final do século XIX e de suas escolas de pensamento, que a avaliação de desempenho desenvolveu-se como instrumento gerencial de relevância incontestável.

2.1.4. A avaliação de desempenho constitui-se na principal *fonte de informações gerenciais* para o *sistema de recursos humanos* de uma organização. Subsidiaria, assim, o desenvolvimento de políticas de melhoria de gestão de pessoas e da correta tomada de decisões, proporcionando benefícios diretos ao produto final da organização.

2.1.5. O *principal objetivo* ou *finalidade* da avaliação de desempenho é a melhoria do desempenho individual do membro de uma organização, repercutindo decisivamente no atendimento dos objetivos maiores dessa organização. Para tanto, dois grandes grupos de sub-objetivos podem ser considerados para viabilizar o objetivo principal: objetivos ligados ao *planejamento estratégico institucional* e objetivos ligados à *motivação dos avaliados*.

2.1.6. Diversos são os critérios para classificação dos métodos de avaliação de desempenho humano. Os critérios mais estudados são os que fazem distinção entre métodos baseados na análise de *traços individuais de personalidade* do avaliado e os que consideram os *resultados* apresentados no trabalho; os que aferem o nível de *objetividade* e *subjetividade* dos fatores de avaliação; os que distinguem a dimensão *absoluta* da *relativa* dos resultados da avaliação; e, ainda, os que se diferenciam entre métodos voltados para o *passado* e métodos voltados para o *futuro*. Entre os métodos mais utilizados, todos

apresentando pontos fortes e fracos, destacam-se: o da *escala gráfica*, que apresenta grande simplicidade de implementação, embora seja método extremamente subjetivo; o da *avaliação de resultados*, que leva em conta a predeterminação objetiva de padrões de desempenho a serem aferidos, apesar de possibilitar a perda do foco em outras dimensões institucionais relevantes da organização, mas que não repercutem na avaliação; e o da *avaliação 360 graus*, o qual, embora implique a democratização das conclusões sobre o desempenho avaliado, em virtude da multiplicidade de avaliadores apresenta dificuldades de operacionalização prática.

2.1.7. A transposição da avaliação de desempenho do contexto do setor privado para o setor público enfrenta complexos obstáculos, entre eles a falta de preparação das gerências e a desconfiança dos membros da organização. No entanto, o problema do *subjetivismo* dos critérios de avaliação parece ser o mais delicado, o que, no contexto da Administração Pública, pode significar ofensa a diversos princípios jurídicos, entre os quais o da *impressoalidade*.

2.2.1. A Emenda Constitucional nº 19/1998 modificou o art. 41 da Constituição da República de 1988 instituindo a avaliação de desempenho como mais uma hipótese de possibilidade de perda de cargo público de servidor estável e como requisito para aquisição da estabilidade após cumprimento de estágio probatório. Trata-se, respectivamente, da avaliação *periódica* e da avaliação *especial* de desempenho, “espécies” do “gênero” avaliação de desempenho do servidor público. Tais instrumentos se esteiram na constitucionalização do princípio da eficiência e, em que pese discutível seu caráter inovador, na medida em que já podiam ser implementados antes de sua constitucionalização, apresentam *função indutora* e *sistematizadora* incontestável na ordem constitucional contemporânea.

2.2.2. A distinção entre as duas “espécies” de avaliação de desempenho do servidor público radica-se nas *finalidades* constitucionais específicas de cada instrumento. A avaliação periódica possui duas finalidades, uma *explícita*, prevista no inciso III, §1º do art. 41 – hipótese de perda de cargo público de servidor estável – e outra *implícita* – critério objetivo de promoção e progressão na carreira. Já a avaliação especial de desempenho visa a aferir desempenho de servidor público em estágio probatório para fins de concessão ou não da estabilidade, conforme §4º, do art 41 da Carta Magna.

2.2.3. A avaliação *periódica* de desempenho para fins de perda de cargo público de servidor estável deve ser, conforme mandamento constitucional, instituída via *lei complementar*. Cada ente federado deverá editar sua própria lei para gerar efeitos no âmbito de cada Administração Pública. Na referida lei deverá estar disciplinada matéria a respeito de sua periodicidade e viabilização da ampla defesa do servidor público avaliado. Por tratar-se de hipótese autônoma de possibilidade de perda de cargo de servidor público estável, esta “espécie” de avaliação de desempenho pode se ultimar com a perda de cargo público *de plano*, no caso de avaliação insatisfatória. Caso o servidor público exerça “atividade típica de Estado”, a avaliação periódica que julgar insuficiente seu desempenho consistirá, consoante art. 247 da Lei Maior, em mera etapa que precede subseqüente procedimento administrativo, o qual, este sim, poderá se ultimar com a demissão do servidor público.

2.2.4. A avaliação periódica de desempenho presta-se a *outra finalidade* que não mera hipótese de perda de cargo público. Apresenta-se também como critério para *desenvolvimento de servidor público na carreira*, mediante *promoção* (desenvolvimento vertical) e *progressão* (desenvolvimento horizontal). Em virtude do fato de que a avaliação periódica para fins de desenvolvimento na carreira consiste na mesma “espécie” que a

avaliação periódica para fins de perda de cargo, a disciplina de ambas (lei instituidora, comissões, fatores, etc) em nada difere - apenas o resultado da avaliação terá aplicação distinta, ora subsidiando decisão relativa à perda de cargo, ora fundamentando decisão relativa à promoção ou progressão na carreira.

2.2.5. A avaliação *especial* de desempenho, que serve como critério de aprovação de servidor público em estágio probatório para fins de aquisição de estabilidade, por outro lado, *prescinde* de instrumento legal para ser instituída. *Regulamento* a ser editado no âmbito da competência dos dirigentes de cada um dos Poderes constituídos, desde que não arbitrário e consagrador dos princípios jurídico-constitucionais do ordenamento brasileiro, basta para suprir a necessidade de regulamentação. Dessa forma, a responsabilidade pela instituição da avaliação especial de desempenho passa a ser exclusiva do chefe de cada um dos Poderes. Quanto aos efeitos de sua não instituição, não cabe ao servidor estagiário ser prejudicado por essa omissão administrativa. Enquanto não regulamentada a avaliação, com base nos princípios da *razoabilidade* e da *segurança jurídica*, o requisito da aprovação em avaliação especial de desempenho do servidor *não pode ser exigido*, adquirindo o servidor público estabilidade tão logo decorrido o período de estágio probatório de três anos.

2.3.1. A avaliação de desempenho do servidor público pode ser enquadrada como categoria de *processo administrativo*, entendido como *procedimento que se desenvolve em contraditório*, com suporte na teoria de Elio Fazzalari. Além da ênfase no encadeamento lógico de atos meio rumo a uma decisão administrativa final, a Administração Pública deve atentar também para a dimensão participativa de cada um dos envolvidos nesse processo (avaliador e avaliado) no contexto de um *Estado Democrático de Direito*.

2.3.2. A avaliação de desempenho do servidor público é, ainda, processo *sui generis* em relação a outros processos administrativos. Trata-se tanto de processo *interno*, que considera, por um lado, a avaliação da Administração Pública de *servidor na condição de seu agente*, quanto, principalmente, de processo *externo*, que enfatiza, por outro lado, a avaliação da Administração Pública de *servidor-cidadão*, amparado pela perspectiva do Estado Democrático garantidor de direitos. Por conta dessa dimensão *dupla*, a participação de cada um dos envolvidos nesse processo não se dá apenas em caráter litigioso, mas também construtivo. Avaliador e avaliado apresentam interesses convergentes na avaliação de desempenho, o que caracteriza o denominado *contraditório positivo*.

2.3.3. Até que lei específica venha regulamentar a avaliação de desempenho do servidor público, a Lei nº 9.784/1999 terá aplicabilidade nos processos de avaliação de desempenho eventualmente em curso no âmbito da Administração Pública federal. No entanto, seu escopo de aplicabilidade encontra limites com base nos critérios da *possibilidade* (entendido como verificação da *adaptabilidade* de algumas normas da lei geral de processo administrativo a essa matéria) e *utilidade* (compreendido como a *aptidão* de a aplicação das normas da referida lei geral viabilizar tomada de decisão mais *qualificada* por parte da Administração Pública).

2.4.1. O Direito, na condição de *ciência*, intranqüiliza-se com a presença do *subjetivismo* como norte de algumas de suas decisões. O combate ao exercício *discrecionário* de competências por parte do administrador público, em que o império do subjetivismo é patente, tende a ser combatido com novos apelos doutrinários, como a *técnica da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados*. No entanto, mesmo na aplicação dessa técnica, redutora dos tradicionais limites da discricionariedade, atua o intérprete da norma com certa dose de subjetivismo.

2.4.2. A atividade administrativa julgadora, na qual se insere a avaliação de desempenho do servidor público, não se afasta totalmente do *subjetivismo*. Este é inerente a diversas atividades estatais, pelo que o argumento de sua presença não pode inviabilizar o desafio da implementação do instrumento gerencial da avaliação de desempenho no âmbito da Administração Pública. A concepção de um *contraditório positivo* e a adoção de *avaliação em rede* (que envolve todos os níveis da organização pública) podem auxiliar nesse desafio. No entanto, cabe atentar para o fato de que, nesta seara, o *racionalismo objetivo exacerbado* deve dar lugar à *lógica do adequado e do razoável*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970, t. 1.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 20 ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1981.

BERGAMINI, Cecília; BERALDO, Deobel. *Avaliação de desempenho humano na empresa*. São Paulo: Atlas, 1992.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública. *Experiências de avaliação de desempenho na Administração Pública Federal*. Cadernos ENAP n. 19. Brasília: ENAP, 2000 (Cadernos ENAP nº 19).

BIENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, v. 2, 1952, p. 118-143.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1 ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t.1.

CARVALHO, Wagner. A reforma administrativa na Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e accountability. *Revista do Serviço Público* n. 3. Brasília: ENAP, set./dez., 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1948-49.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 4 ed. São Paulo: Makron Books, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1972.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DUTRA, Joel Souza. *Administração de carreiras: uma proposta para repensar a gestão de pessoas*. 18 ed. São Paulo: 1996. (brochura).

- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Globo, 2000, v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Doot. Antonio Milani, 1975.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 6 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em <<http://jus.webcable.com.br/doutrina/texto.asp?id=344>>. Acesso em: 07 out. 2003.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. Colaboração Almudema Marim Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. *Perspectivas de direito público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Org. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GUSTEN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “processo administrativo fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 33/108-132. São Paulo: Dialética, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KILIMNIK, Zélia Miranda. *A avaliação de desempenho no setor público*. [199-].
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.
- LOBOS, Júlio. *A administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 1979.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: (algumas considerações). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUCENA, Maria Diva da Salette. *Avaliação de desempenho*. São Paulo: Atlas, 1992.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *O servidor público e a reforma administrativa*. Belo Horizonte. Tese de Doutorado em Direito Administrativo. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em <<http://jus.webcable.com.br/doutrina/texto.asp?id=343>>. Acesso em: 07 out. 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NUNBERG, Barbara. *Gerência de recursos humanos no setor público: lições da reforma em países desenvolvidos*. Cadernos ENAP n. 14. Brasília : ENAP, 1998.

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Cadernos do MARE da Reforma do Estado n. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal. In: *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 2 ed. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Kevin Spink. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- RIBEIRO, Antonio de Lima. *Teorias da administração*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANDULLI, Aldo M. *Il procedimento amministrativo*. Ristampa. Milano: Doot A. Giuffrè Editore, 1959.
- SHIGUNOV NETO, Alexandre. *Avaliação de desempenho: as propostas que exigem uma nova postura dos administradores*. Rio de Janeiro: Book Express, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SORBILLI FILHO, Roberto. *Princípio da eficiência e a legalidade dos atos e procedimentos administrativos*. Belo Horizonte: Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público* 84/64-74. São Paulo, 1987.
- WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. *Reforma administrativa na era de Vargas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, v. I, II.
- _____. Os três tipos puros de dominação legítima. In: *Sociologia*. 3 ed. Org. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática. 1986, p. 128-141.
- XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. António Cabral de Moncada. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.