
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 37	p. 1-250	jul./set. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editora Acadêmica Responsável

Ana Cláudia Finger

Secretário Editorial Executivo

Daniel Wunder Hachem

Conselho Diretivo

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzalez Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazco (Universidad de La República – Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Avaliação de desempenho dos servidores públicos: análise da Lei Federal nº 11.784/2008

Raquel Dias da Silveira

Advogada. Mestre e Doutora em Direito, área de concentração Direito Administrativo, pela UFMG. Professora da Faculdade Dom Bosco e do Instituto Romeu Felipe Bacellar em Curitiba – PR.

Resumo: A profissionalização do servidor público pode ser compreendida como liturgia composta por uma série encadeada de processos administrativos, dependentes e vinculados entre si. Nessa liturgia, destaca-se a importância do processo da avaliação de desempenho para a concretização do direito público subjetivo do servidor à carreira. É por meio da avaliação de desempenho que a Administração poderá verificar o chamado mérito potencial a justificar a elevação funcional, com o incremento das responsabilidades assumidas pelo servidor e o aumento de rendimentos.¹ Esse processo foi contemplado no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu o inciso III ao §1º do art. 41. Desde então, a avaliação de desempenho limitava-se à avaliação hierárquica, conduzida sem a objetividade necessária à profissionalização. No âmbito federal, o processo da avaliação de desempenho encontra-se hoje regulamentado pela Lei nº 11.784/2008 que, apesar de conter inúmeros aspectos positivos, apresenta, por outro lado, uma série de inconstitucionalidades, ressaltando-se como a principal a fixação de critérios de avaliação individual do servidor por meio de poder regulamentar, isto é, mediante atos administrativos normativos infralegais. O texto visa a discutir a relevância da avaliação de desempenho e demonstrar o quanto é temerária a fixação de seus critérios pela própria Administração Pública, em detrimento da ordem jurídica democrática.

Palavras-chave: Servidor público. Profissionalização. Carreira. Mérito potencial. Avaliação de desempenho. Regulamentação.

Sumário: 1 Introdução - 2 Princípio constitucional da carreira e avaliação do mérito potencial do servidor público - 3 Histórico e compreensão da avaliação de desempenho no âmbito da Ciência da Administração - 4 Regulamentação da avaliação de desempenho pela Lei Federal nº 11.784/2008 - 5 Ciclos da avaliação de desempenho, fiscalização e consequências pecuniárias em conformidade com a Lei nº 11.784/2008 - 6 Conclusão - Referências

1 Introdução

Ouve-se ou lê-se, por vezes, que a Administração Pública é impessoal porque não tem cor, não tem rosto, não tem cheiro — é objetiva. Na verdade,

¹ Utiliza-se o vocábulo “rendimentos” ao longo do texto de forma ampla, abrangendo toda e qualquer espécie de retribuição paga ao servidor pelo exercício da função pública.

o art. 37, *caput*, da Constituição refere-se à administração pública no sentido material, como atividade administrativa. No sentido orgânico ou funcional, a Administração, ao final de todo o processo de desconcentração, só se explica pelo seu elemento humano, o servidor público.²

Esse elemento humano reflete, por certo, a alma da Administração Pública. Quando a alma não se encontra motivada pela profissionalização, o conjunto de entidades e órgãos administrativos é incapaz de satisfazer os fins a que se presta.

Por isso, a busca pela devida gestão pública ou pela boa administração pública³ impõe a necessidade de profissionalizar o servidor.

E o que é profissionalizar o servidor? Num primeiro momento, cumpre distinguir profissionalização de capacitação. Profissionalização corresponde a direito público subjetivo mais amplo, no qual a capacitação se insere.

De forma bem simples, profissionalização da função pública é o tratamento conferido ao servidor como trabalhador e como profissional, que faz do serviço público seu meio de vida, procurando realizar carreira e de onde aúfere os recursos necessários para sustentação de seu lar.

Profissionalização implica o ingresso meritório na função pública; capacitação; licenças e afastamentos para fins de capacitação; vantagens pecuniárias decorrentes do aprimoramento profissional; direito à carreira, incluindo promoção e acesso; remuneração justa pelo trabalho ofertado ao Estado; organização sindical; e até mesmo direito de greve, entre outros.

Neste trabalho, tratar-se-á da profissionalização sob o prisma da carreira, a fim de se examinar a avaliação de desempenho do servidor, um dos processos mais importantes na liturgia da profissionalização.

² Mostra Hely Lopes Meirelles que a Administração Pública: "em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado e por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços públicos, visando à satisfação das necessidades coletivas" (MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed., p. 64-65).

³ Expressão aduzida, com muita sensibilidade, no Brasil, por Juarez Freitas. A boa Administração Pública, segundo o autor, "trata-se do direito fundamental à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem" (FREITAS. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 20). Note-se que, consoante ele, a boa administração pública não se limita a ser simplesmente eficiente ou eficaz, devendo cumprir a integridade do regime jurídico que a Constituição lhe prescreve.

2 Princípio constitucional da carreira e avaliação do mérito potencial do servidor público

Carreira, tecnicamente falando, é o escalonamento das atribuições do servidor em diversas classes, nas quais ele ascende funcionalmente. Coloquialmente, pode-se explicá-la como a trajetória funcional a ser percorrida pelo servidor.

O fundamento jurídico da carreira é a própria profissionalização, ao seu turno, informada pelos princípios da impessoalidade, da boa administração, da segurança jurídica, da justiça, da proibição de retrocesso dos direitos sociais, da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho do servidor.

A carreira encontra-se ainda expressamente contemplada no art. 39, *caput*, da Constituição da República, que diz: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

Mesmo quando vigente a redação dada pela EC nº 19/98, antes do julgamento em sede de medida cautelar da ADI nº 2135-DF pelo Supremo Tribunal Federal, o direito à carreira permaneceu assegurado pela redação do §1º, do mesmo 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;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

A despeito de esses dispositivos constitucionais versarem sobre servidores públicos estatutários, entende-se que a carreira, cujo fundamento maior é a principiologia da profissionalização, é direito público subjetivo de todo servidor público, mesmo do que se encontra regido pela legislação trabalhista, eis que a função pública é una e indivisível, devendo ser profissionalizada por completo.

Como consequência, carreira é, ao mesmo tempo, obrigação, e não faculdade, imposta ao Estado pela Constituição. Não obstante, na prática, ela deixa de ser observada, basicamente, por dois motivos:

Primeiro, porque a evolução funcional na carreira, que se faz normalmente pelo instituto da promoção, exige a presença dos seguintes requisitos: aumento da complexidade das atribuições exercidas pelo servidor e majoração de rendimentos. Vários planos de cargos e salários preveem apenas o escalonamento de estipêndios percebidos pelo servidor, deixando de contemplar a evolução de suas responsabilidades em sua vida funcional.

Ao servidor público não interessa somente ser bem remunerado. Interessa-lhe, mais do que tudo, ser valorizado. E a valorização se dá na medida em que ele passa a assumir maiores responsabilidades. Podem alguns servidores não almejar essa valorização, mas, certamente, estes são minoria, pois, como afirma Adilson Abreu Dallari,⁴ o servidor, como todo ser humano, tem, por natural, disposição de progredir e de evoluir profissionalmente.

Se o Estado assegura ao servidor o mero aumento da remuneração, ao longo de sua trajetória funcional, tem-se o instituto da progressão e não o da promoção, que é ínsito na ideia de carreira. E, quando se tem apenas a progressão, a carreira, tecnicamente falando, deixa de existir.

O segundo motivo pelo qual o direito à carreira não se efetiva deve-se à ausência de critérios para se avaliar o chamado mérito potencial do servidor público.

Mérito é a qualidade natural e intrínseca que reside em todo e qualquer indivíduo na escala social, incluindo o serviço público, segundo Leonardo Carneiro Assumpção Vieira.⁵ O autor mostra que mérito é o único critério juridicamente defensável para justificar e remir diferenças.

No Brasil, podem-se distinguir dois tipos de mérito no serviço público: o objetivo, que é vinculado a processo administrativo e apurado por critérios racionais e impessoais, e o mérito subjetivo, que admite certa discricionariedade do administrador.⁶

Mérito objetivo, por sua vez, subdivide-se em mérito atual e mérito potencial. O primeiro antecede ao próprio vínculo funcional e visa a avaliar a capacidade técnica, operativa e intelectual, conjugada com atributos de natureza pessoal, como idoneidade, ética e disciplina, a fim de constatar se o indivíduo encontra-se apto a assumir cargo efetivo ou emprego público.

⁴ DALLARI. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed., p. 52.

⁵ VIEIRA. *Mérito, sociedade e direito: reflexões sobre a noção de merecimento objetivo e seus institutos na função pública*, p. 134.

⁶ SILVEIRA. *Profissionalização da função pública*, p. 84.

Mérito potencial é aquele que, embora ausente no momento da investidura, pode, ao longo da carreira, ser adquirido e conquistado pelo servidor por meio de contínua capacitação.

Ocorre que o instrumento hábil a verificar o mérito potencial corresponde à avaliação de desempenho. E a avaliação de desempenho no Brasil foi infelizmente inserida no ordenamento jurídico por meio da EC nº 19/98,⁷ com o intuito de legitimar, tão somente, a perda do cargo pelo servidor estável considerado ineficiente.

Importa esclarecer que a perda de cargo por ineficiência já era contemplada pela Lei nº 8.112/90 (art. 132, incisos II, III, VI e XIII) e demanda o devido processo administrativo disciplinar, em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Por isso, o inciso III, do §1º, do art. 41 da CR/88 é materialmente inconstitucional, porque dispensa o contraditório, ferindo cláusula pétrea. A própria jurisprudência da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça é hoje pacífica ao exigir a ampla defesa e o contraditório antes da prática de ato que invalide ato ampliativo ou de ato de que resulte em restrição de direito do servidor.⁸

O fato é que esse malfadado inciso III, do §1º, do art. 41, da Constituição prevê a regulamentação da avaliação de desempenho por lei complementar. Todavia, o Governo Federal, em 22.9.2008, regulamentou a avaliação de desempenho por meio da Lei Ordinária nº 11.784. Cabe aqui questionar como se poderia arguir inconstitucionalidade formal de uma norma cujo fundamento de validade é outra de hierarquia constitucional, porém materialmente inconstitucional.

Bem ou mal, ainda que às avessas, a avaliação de desempenho encontra-se regulamentada no âmbito federal.⁹ E, apesar da

⁷ A emenda acrescentou o inciso III ao §1º do art. 41, CR/88.

⁸ "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO DE CARGO PARA QUADRO DIVERSO DA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDAÇÃO. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO DE INTERESSE INDIVIDUAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. OBSERVÂNCIA, NO CASO, DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção, nas hipóteses em que a invalidação do ato administrativo (Súmulas 346 e 473/STF) repercute no campo de interesses individuais de servidores, é necessária prévia instauração de processo administrativo que assegure o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ressalva do entendimento desta Relatora.

2. Pagamento à impetrante dos proventos retroativos à data da impetração, em respeito ao disposto nas Súmulas 269 e 271/STF, que impedem a utilização do mandamus como sucedâneo de ação de cobrança.

3. Recurso ordinário provido" (STJ, RMS 16065/SC, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, J. 21.5.2009, DJ 8.6.2009).

⁹ Salienta-se, em virtude do princípio federativo e das competências estatuídas na Constituição da República de 1988, que essa norma não tem qualquer aplicabilidade, ainda que subsidiária, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, que deverão se desincumbir de disciplinar a avaliação de desempenho dos seus servidores públicos.

inconstitucionalidade ora suscitada, a Lei nº 11.784/2008¹⁰ conseguiu contemplar a verdadeira finalidade da avaliação de desempenho: avaliar o mérito potencial do servidor público.

3 Histórico e compreensão da avaliação de desempenho no âmbito da Ciência da Administração

Registra Luiz Felipe Rosa dos Santos¹¹ que, desde grupos sociais mais remotos, até a sociedade atual, o homem tem, formal e informalmente, fixado mecanismos de premiação e punição dos membros dos grupos a que pertence. A ideia de avaliação induz à ideia de comparação entre o que é desejado e o que se apreende, de fato, da realidade.

Consoante o autor, simulações de avaliação de desempenho já eram identificadas na China durante a dinastia Wei, entre os anos 221 a 265, com a figura do julgador imperial que avaliava a atuação da família do imperador. Outrossim, a partir do período de colonização europeia, denotava-se sistema de avaliação pela Igreja Católica sobre os padres jesuítas.

Não obstante, a avaliação, como instrumento de gestão das organizações, surgiu com o advento e desenvolvimento da Ciência da Administração no fim do século XIX. Segundo o autor, no período conhecido como Escola Clássica da Administração, a avaliação de desempenho, em função das doutrinas de Frederick Taylor e Henry Fayol, enfatizava a execução de tarefas conforme modelos pré-determinados pela gerência da Administração, considerando-se bem avaliado o trabalhador que seguisse essas regras, obtendo padrões de desempenho previstos em manuais da organização.

Num segundo momento, na Escola das Relações Humanas, balizada pela doutrina de Elton Mayo, Luiz Felipe Rosa dos Santos¹² registra a experiência de Hawthorne, um grande laboratório de conclusões, executado entre 1927 e 1932. Por conseguinte, a avaliação de desempenho passou a preocupar-se não somente com a execução de tarefas pelos avaliados, mas também com as condições de trabalho e o aspecto psicológico dos trabalhadores.

O autor continua descrevendo a evolução histórica da avaliação de desempenho, identificando que, na Escola Neoclássica, dividida entre Teoria

¹⁰ Entre inúmeras outras matérias, a Lei nº 11.784/2008 institui a sistemática da avaliação de desempenho dos servidores da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

¹¹ SANTOS. *Avaliação de desempenho de servidor público: entre o princípio da eficiência e as garantias do servidor – cidadão*, p. 92-99.

¹² SANTOS, ob. cit., p. 96.

Neoclássica da Administração e Administração por Objetivos, o processo passou a incorporar, além de fatores de ordem psicológica e ambiental, a negociação de metas entre gerentes e empregados a serem alcançadas em determinado período.

Na quarta Escola Estruturalista da Administração, com ênfase no modelo burocrático de organização, a compreensão do desempenho humano abrangia todas as dimensões organizacionais, internas e externas, formais e informais, em que se inseria o indivíduo.¹³

Posteriormente, na Escola Comportamental, dividida entre a Teoria Comportamental ou Behaviorista e a Teoria do Desenvolvimento Organizacional, os processos de avaliação de desempenho tinham como foco a pessoa humana e seus aspectos principiológicos, motivacionais, ambiente de trabalho e inserção dos grupos dentro da organização.¹⁴

Não se pode olvidar que a Teoria dos Sistemas influenciou, por inegável, também, a Ciência da Administração, mediante três princípios básicos: princípio do expansionismo (todo fenômeno pode ser considerado parte de um fenômeno maior), princípio do pensamento sintético (examinam-se os elementos integrantes de um fenômeno de acordo com a função desempenhada) e princípio da teleologia (a causa é condição necessária, porém nem sempre suficiente para o efeito de determinado fenômeno).¹⁵

Finalmente, na Escola Contingencial, como evolução da Teoria dos Sistemas, passou-se a analisar a organização como sistema aberto, sujeito às influências internas e externas que a envolvem. Nessa última fase, a avaliação de desempenho incorporou todas as variáveis das escolas anteriores, tendo como postulado o fato de que toda e qualquer variável que influencie o ambiente organizacional deve incorporar-se na análise do desempenho de determinado membro da organização.

Explica ainda Luiz Felipe Rosa dos Santos¹⁶ que, na Ciência da Administração, a avaliação de desempenho é tão vital para a organização como o sangue é para o ser humano. Informações geradas pela avaliação de desempenho alimentam o que se conhece por sistema de recursos humanos, que visa às políticas de provisão, manutenção, desenvolvimento, monitoramento e aplicação de pessoas dentro da organização. Esses objetivos atuam como subsistemas.

¹³ Ibid., p. 97.

¹⁴ Ibid., p. 98.

¹⁵ Ibid., p. 98.

¹⁶ Ibid., p. 100.

A carreira é afeta ao subsistema de aplicação de recursos humanos, que tem por finalidade promoções e realocações de trabalhadores de acordo com as informações obtidas pela avaliação de desempenho.

4 Regulamentação da avaliação de desempenho pela Lei Federal nº 11.784/2008

Examinando-se a Lei nº 11.784/2008, percebe-se clara apreensão da Escola Contingencial para avaliação de desempenho no serviço público.

Uma série de fatores soma-se no sistema da avaliação: autoavaliação feita pelo próprio servidor; avaliação hierárquica individual pelo superior imediato; avaliação individual grupal feita pela equipe de trabalho na qual se insere o servidor; avaliação institucional com base em metas globais e intermediárias; e, por derradeiro, avaliação social pelos usuários internos e externos dos serviços prestados pelo servidor.

Em conformidade com o art. 140 da Lei nº 11.784/2008, a sistemática da avaliação de desempenho é aplicada aos titulares de cargos efetivos e em comissão da Administração direta, autárquica e fundacional. O legislador finalmente acordou para o fato de que o mérito subjetivo dos cargos em comissão implica apenas que a nomeação é discricionária, mas não dispensa a comprovação do talento e da habilidade do agente para o exercício da função.

Nos termos do mesmo dispositivo, os objetivos da avaliação de desempenho são promover a melhora da qualificação dos servidores e subsidiar a política de gestão de pessoas, sobretudo no que toca à capacitação, ao desenvolvimento no cargo ou na carreira, à remuneração e movimentação de pessoal.

O art. 141 definiu avaliação de desempenho como “o monitoramento sistemático e contínuo da atuação individual do servidor e institucional dos órgãos e das entidades”, dividindo essa sistemática em duas etapas: avaliação de desempenho individual e avaliação de desempenho institucional.

Na avaliação de desempenho individual, examina-se o servidor de forma individualizada na realização de tarefas e atividades de sua competência; na avaliação institucional ele é avaliado de acordo com o alcance de metas de desempenho pelo órgão ou entidade em que trabalha.

Ao contemplar a avaliação de desempenho individual, a Lei nº 11.784/2008, no art. 145, prevê que os critérios serão fixados pelo órgão ou pela entidade em que estiver lotado o servidor e que comporão o Plano de Trabalho de cada unidade do órgão ou da entidade.

A Lei nº 11.784/2008 distinguiu o processo de avaliação individual do servidor comissionado ou ocupante de função de confiança do processo de avaliação de desempenho do servidor efetivo.

O servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança deverá, nos termos do art. 146, ser avaliado na sua dimensão individual a partir de conceitos atribuídos pelo próprio servidor (autoavaliação), conceitos atribuídos pela chefia imediata (avaliação hierárquica) e conceitos atribuídos pelos integrantes da equipe de trabalho subordinada à chefia avaliada (avaliação grupal).

A avaliação individual do servidor efetivo deverá levar em conta, consoante o art. 147, conceitos atribuídos pelo próprio avaliado (autoavaliação), conceitos atribuídos pela chefia imediata (avaliação hierárquica) e a média de conceitos atribuídos pelos demais integrantes da equipe de trabalho (avaliação grupal).

Não obstante, a Lei nº 11.784/2008 não discrimina quais habilidades dever-se-ão considerar e como se avaliará cada uma delas. Ou seja: a lei abre espaço para o exercício de um poder regulamentar, definindo critérios de avaliação de desempenho individual, sendo que inexistente amparo constitucional para a Administração Pública estabelecer, mediante atos normativos infralegais, critérios de avaliação de desempenho de servidor público, notadamente de avaliação de desempenho individual.

Por isso, neste ponto, a lei revela-se materialmente inconstitucional: primeiro porque permite que a Administração Pública, por meio desses critérios, crie obrigações ao servidor, ferindo assim o princípio da legalidade; além disso, a Constituição exigiu que a avaliação de desempenho, e evidentemente todos os seus critérios, fosse regulamentada por lei, motivo pelo qual também resta violado o princípio da reserva legal.

A avaliação de desempenho institucional, nos termos do art. 143 da Lei nº 11.784/2008, será definida a partir de “critérios e fatores que reflitam a contribuição da equipe de trabalho para o cumprimento de metas intermediárias e globais do órgão ou entidade e os resultados alcançados para a organização como um todo”.

Em conformidade com o art. 144, as metas institucionais deverão ser fixadas anualmente. O inciso I considera como metas institucionais globais as que dizem respeito ao órgão ou à entidade, devendo ser elaboradas, no que couber, em consonância com as diretrizes e metas governamentais definidas no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei

Orçamentária Anual. Já as metas institucionais intermediárias, como disposto no inciso II do mesmo artigo 144, referem-se ao desempenho da equipe de trabalho em que se insere o servidor de cada órgão ou entidade, devendo ser elaboradas em conformidade com as metas institucionais globais.

O §1º desse artigo prescreve que as metas institucionais serão objetivamente mensuráveis, quantificáveis e diretamente relacionadas às atividades do órgão ou da entidade, considerando-se os resultados alcançados nos exercícios anteriores. Dispõe ainda o §3º que os resultados atinentes às metas institucionais apurados em cada período deverão ser amplamente divulgados, mesmo em sítio eletrônico; nada mais óbvio, por força do princípio da publicidade. O §4º do art. 144 permite a revisão de tais metas na superveniência de fatores que influenciem significativa e diretamente sua consecução, desde que o órgão ou a entidade não os tenha dado causa.

Percebe-se novamente, em relação à avaliação de desempenho institucional, que a Lei nº 11.784/2008 atribui a competência para definir o que sejam metas institucionais globais e intermediárias ao dirigente máximo do órgão ou da entidade da Administração direta, autárquica ou fundacional. Aqui se apresenta tolerável, de certo modo, o exercício do poder regulamentar porque é a Administração fixando obrigações para ela mesma. Ademais, cada órgão ou entidade guarda suas peculiaridades e essas metas, como disposto em lei, variarão anualmente, dependendo do resultado alcançado no ano anterior.

O problema é que o cumprimento dessas obrigações institucionais por parte da própria Administração repercute no exercício do direito público subjetivo do servidor à carreira.

Assim, o maior receio é o de que o legislador não tenha contemplado o servidor como profissional a serviço da sociedade, mas como parte integrante da estrutura do Estado, naquela vetusta concepção de que o servidor público nada mais é do que mera parcela de competência, indistinta e inseparável do órgão ou da entidade à qual ele pertence. Essa concepção, por certo, não mais condiz com os fundamentos de Estado Democrático ou de Estado Constitucional, que reconhece ao servidor o *status* mínimo de trabalhador.

Não bastasse, a pior das imperfeições da Lei nº 11.784/2008 foi prever a avaliação social dos servidores, feita pelos usuários internos e externos de cada órgão ou entidade (art. 148, inciso III), também com base em critérios a serem definidos em decreto ou regulamento.

É tanto espaço para exercício ilegítimo de poder regulamentar que o atual Governo, que ainda não criou nenhuma agência reguladora, pode vir a fazer, se assim o quiser, para regular a profissionalização dos servidores públicos. No mínimo, por meio dessa esdrúxula lei, faculta-se tal disparate. Definitivamente, critérios de profissionalização da função pública não podem ser definidos segundo metas de desempenho traçadas pela própria Administração.

5 Ciclos da avaliação de desempenho, fiscalização e consequências pecuniárias em conformidade com a Lei nº 11.784/2008

Para acompanhamento e fiscalização de todas as etapas do ciclo de avaliação de desempenho, deverão ser criadas Comissões de Acompanhamento instituídas por ato do dirigente máximo do órgão ou da entidade. Essas Comissões serão constituídas por representantes indicados pela administração do órgão ou da entidade e por membros indicados pelos servidores. Caberá a elas ainda o julgamento, em última instância, de recursos interpostos contra resultados obtidos em avaliações individuais.

Criou-se, outrossim, o Comitê Gestor da Avaliação de Desempenho no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos termos do art. 161, com os seguintes objetivos: 1) propor procedimentos gerais referentes à operacionalização da avaliação de desempenho, instrumentais de avaliação, fatores a serem considerados e pontuação atribuída a cada um deles; 2) revisar e alterar, quando necessário, esses instrumentais de avaliação; 3) realizar, de forma contínua, estudos e projetos para aperfeiçoamento da sistemática da avaliação de desempenho; e 4) examinar casos omissos.

A composição do Comitê Gestor da Avaliação de Desempenho será estabelecida em regulamento, assegurada a participação paritária de representantes do Poder Executivo, da sociedade civil e do conjunto das entidades representativas dos servidores. A duração do mandato, bem como procedimentos de trabalho dos membros, também deverá ser estabelecida em regulamento.

O primeiro ciclo da avaliação de desempenho teve início em janeiro de 2009, após trinta dias da publicação das metas de avaliação institucional, com a duração de doze meses. No primeiro ciclo, esse prazo de duração poderá ser inferior.

A partir do segundo ciclo, nos termos do art. 152, “as avaliações de desempenho individual e institucional serão consolidadas anualmente e processadas no mês subsequente ao da consolidação”.

O ciclo de cada avaliação compreenderá como etapas a publicação das metas globais; o estabelecimento de compromissos de desempenho individual e institucional firmados entre o gestor e cada integrante da equipe, a partir da fixação das metas institucionais; o acompanhamento do desempenho individual e institucional, sob orientação e supervisão do gestor e de Comissões de Acompanhamento, em todas as etapas do ciclo; a avaliação parcial dos resultados obtidos para fins de ajustes necessários; a apuração final das pontuações para o fechamento dos resultados; a publicação do resultado final; e o retorno do resultado aos avaliados.

A Lei nº 11.784/2008 previu efeitos financeiros decorrentes da avaliação de desempenho. Em consonância com o art. 154, esse efeito corresponde à gratificação de desempenho calculada com base no valor máximo da parcela individual, somado ao resultado da avaliação institucional do período.

Os resultados obtidos no primeiro ciclo retroagirão à data de início da avaliação, devendo ser compensadas eventuais diferenças pagas para mais ou para menos, ressalvadas situações previstas em legislações específicas, para fins de pagamento da gratificação.

Isso porque, até que sejam processados os resultados de avaliação do primeiro ciclo, as gratificações de desempenho serão pagas no valor correspondente a 80 (oitenta) pontos, observados os respectivos níveis, classes e padrões, de acordo com o que prescreve o art. 158.

Na verdade, a solução legislativa foi demasiadamente infeliz. Dever-se-ia aguardar o resultado da avaliação processada no primeiro ciclo, para só, então, premiar e estimular o servidor que obteve avaliação considerada satisfatória pela Administração. A antecipação da gratificação e a retroação dos resultados da primeira avaliação, descontando-se diferenças pagas a mais ao servidor, são rechaçadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que inadmite a devolução de valores recebidos pelo servidor público de boa-fé,¹⁷ por força dos princípios da moralidade, da

¹⁷ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. DESCABIMENTO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ.

O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não-devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas sim, ao recebimento de boa-fé.

boa-fé de terceiros e da segurança jurídica. E, como se sabe (embora em matéria de servidor público essa premissa seja quase sempre esquecida), a boa-fé, em direito, é presumida, devendo a má-fé ser cabalmente demonstrada pela Administração.

Nos termos do §1º do art. 158, a partir de janeiro de 2011, órgãos e equipes de apoio que não implementarem a sistemática de avaliação de desempenho prevista pela Lei nº 11.784/2008 utilizarão, como parâmetro para pagamento da gratificação de desempenho institucional de servidores efetivos e em comissão (§2º), o percentual de cumprimento de metas do respectivo órgão ou da entidade de lotação, constante ao Sistema Integrado de Gestão e Planejamento (SIGPLAN). Ou seja: a própria lei já prevê seu descumprimento por parte de órgãos e entidades da Administração Pública, criando, como solução, critério irreal de avaliação e de valorização do servidor.

O art. 159 da Lei nº 11.784/2008 dispõe que, até que seja processada a primeira avaliação de desempenho individual com efeito financeiro, o servidor recém-nomeado para cargo efetivo ou que tenha retornado de licença sem vencimento, de cessão ou de outros afastamentos, sem direito à percepção de gratificação de desempenho, receberá gratificação no valor correspondente a oitenta pontos. Novamente, a lei desvirtua o motivo fático e jurídico da percepção da referida vantagem pecuniária, que é a efetiva avaliação; distorce o sentido e o alcance da apuração do mérito potencial; e cria critério fictício para premiar o servidor.

Prevê o art. 155 que o titular de cargo efetivo que não estiver desenvolvendo atividade nas unidades do respectivo órgão ou da entidade de lotação somente fará jus à gratificação de desempenho quando: 1) cedido para o órgão supervisor do Plano de Carreira ou do Plano de Cargos a que pertence ou para entidades a ele vinculadas, situação na qual perceberá a respectiva gratificação com base nas regras aplicáveis, como se o servidor estivesse em efetivo exercício no órgão ou entidade de lotação; 2) cedido para a Presidência ou Vice-Presidência da República, requisitado pela Justiça Eleitoral e nas demais hipóteses de requisições previstas em lei específicas, situação na qual o servidor receberá a respectiva gratificação de

Nos termos da consolidada jurisprudência da Terceira Seção, tendo o servidor recebido de boa-fé o valor indevido, não se exige a restituição.

Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 908474/MT, 6ª Turma, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região, J. 27.9.2007, DJ 29.10.2007).

desempenho também com base nas regras aplicáveis como se estivesse em efetivo exercício no órgão ou na entidade de lotação; e 3) cedido para órgão ou entidade do Governo Federal distintos das duas primeiras hipóteses, investido em cargo de natureza especial, de provimento em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superior, de nível 4 a 6, circunstância em que terá direito à gratificação com base na avaliação institucional do período.

Diz o art. 153 da Lei nº 11.784/2008 que os servidores beneficiários de gratificação de desempenho que obtiverem avaliação individual inferior a 50% da pontuação máxima prevista deverão ser submetidos a processo de capacitação ou de análise de adequação funcional, sob responsabilidade do respectivo órgão ou entidade de exercício. Essa análise de adequação funcional tem por escopo identificar as causas do resultado obtido e subsidiar adoção de medidas que possam propiciar a melhora do desempenho do servidor. Nesse particular, o legislador teve o grande êxito de contemplar um dos maiores benefícios da avaliação de desempenho: o autoconhecimento da própria Administração Pública.

Pela avaliação de desempenho, a Administração se conhece e se reconhece; identifica seus problemas e realça os méritos da gestão. Procedendo assim, a Administração toma conta de que o mérito individual do servidor público, como a própria personalidade humana, transforma-se ao longo do tempo. Habilidades, capacidades, desejos e perspectivas humanas são cambiantes e assim devem ser porque mutável é a própria vida.

É bastante compreensível que determinado servidor, cujo mérito objetivo atual tenha sido bem avaliado no passado, razão que o levou à investidura no serviço público, tenha se transformado ou não se encontre mais realizado e satisfeito no exercício de suas atribuições e, de repente, passe a servir muito melhor à sociedade no exercício de outras.

Destarte, retoma-se a importância da ideia de carreira como uma trajetória ampla, repleta de possibilidades ao servidor, na qual ele possa ser constantemente adaptado às suas atuais capacidades e perspectivas.

Certamente, é chegado o momento de a doutrina e a jurisprudência refletirem sobre os institutos do acesso ou da ascensão funcional e, mesmo, da transferência, de forma objetiva, extirpando-se os excessos e desvios de finalidade ocorridos no passado e convencendo-se da salubridade desses instrumentos para a gestão de recursos humanos dentro da Administração Pública.

6 Conclusão

Em suma, a Lei nº 11.784/2008 apresenta pontos altamente positivos, porém apresenta também inconstitucionalidades flagrantes. A maior delas é, sem reboço de dúvida, a faculdade de a Administração fixar critérios de avaliação de desempenho por atos infralegais.

O entrave de a Administração Pública criar, *per si*, critérios de avaliação de desempenho, notadamente de avaliação de desempenho individual, que repercutam na profissionalização de servidores públicos, não é só jurídico, mas também filosófico e político.

Lembra-se, que, durante a Segunda Guerra Mundial, os médicos que serviam no exército nazista, com a mesma naturalidade com que vacinavam contra o tifo os judeus separados para trabalhar em campos de concentração, também obedeciam a ordens e cumpriam metas de apertar um botão e ligar as câmaras de gás.

Alguém poderá dizer que esses servidores não eram profissionais? Eram. Eram profissionais que incorporaram a ideologia daquele Estado e que acabaram seduzidos e motivados por ela. A própria profissionalização fê-los acreditar que agiam com imparcialidade e neutralidade política.

Por conseguinte, o maior desafio da profissionalização não é implementá-la, mas sim, antes de tudo, raciocinar sobre a qual senhor ela deve servir. Quem deve ditar os rumos da profissionalização? A Administração? A sociedade? Ou a ordem jurídica democrática?

Certamente, a sociedade tem legitimidade, mas é volúvel e facilmente manipulada, principalmente num país onde democracia virou sinônimo de liberdade absoluta de expressão dos veículos de comunicação de massa.

É bom lembrar ainda que, antes da Segunda Guerra Mundial, quase todo alemão tinha um amigo judeu e menos de meia dúzia entre mil alemães deram abrigo e refúgio aos judeus. Quer-se dizer: a vontade social é tão perigosa quanto o é a vontade administrativa, mormente quando são frágeis a cidadania e a democracia.

Destarte, a profissionalização da função pública, como tudo em Direito Administrativo, perpassa pela compreensão da noção de interesse público, que é, sim, o interesse da sociedade — contudo, os interesses que a sociedade elegeu por meio da ordem constitucional democrática.

Assessment of the Public Servants' Performance: Analysis of the Federal Law n° 11.784/2008

Abstract: The professionalization of the public servant may be understood as a liturgy made up of linked administrative processes, dependent and connected with each other. In this liturgy, stands out the importance of the performance evaluation process for the concretization of the servant's subjective private Law for the career. It is by means of the performance evaluation that the Administration can check the so-called potential merit, justifying the functional elevation, with the increase of the responsibilities assumed by the servant, and the increase in the income. This process was included in the Brazilian juridical planning, by the Constitutional Amendment n° 19/98, which introduced the number III in the article 41. Since then, the performance evaluation is limited to a hierarchical evaluation, conducted without the objectivity that is needed in the professionalization. In the federal scope, the performance evaluation process is presently regulated by the Law n° 11.784/2008 which, in spite of having many positive aspects, presents, on the other hand, a series of unconstitutionalitys, emphasizing, as the main one, the fixation of criteria of the individual evaluation of the servant, by means of a regulatory power, that is, by means of infralegal normative administrative acts. The text aims the discussion of the relevance of the performance evaluation and to show how reckless the fixation of its criteria by the Public Administration is, in detriment of the democratic juridical order.

Key words: Public servant. Professionalization. Career. Potential merit. Performance evaluation. Regulation.

Referências

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

AUBY, Jean-Marie; AUBY, Jean-Bernard. *Droit de la fonction publique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1993.

AYOUB, Éliane. *La fonction publique en vingt principes*. Paris: Éditions Frison-Roche, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, n. 1, p. 17-26, mar./ago. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública no Brasil. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 12, abr./jun. 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARBOSA, Livia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 3, p. 59-102, set./dez. 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 52.

ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

JORION, Benoit. Le Príncipe de Parité entre Fonctions Publiques: um Príncipe peau de Chagrin. *Revue Française de Droit Administrative*, n. 14 (2), mar./abr. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SALAH, Tabrizi Ben. *Droit de la fonction publique*. Paris: Masson, 1992.

SANTOS, Luiz Felipe Rosa dos. *Avaliação de desempenho do servidor público: entre o princípio da eficiência e as garantias do servidor-cidadão*, 2004. Belo Horizonte, 2006. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Mérito, sociedade e direito: reflexões sobre a noção de merecimento objetivo e seus institutos na função pública*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVEIRA, Raquel Dias da. Avaliação de desempenho dos servidores públicos: análise da Lei Federal nº 11.784/2008. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 115-131, jul./set. 2009.

Recebido em: 02.08.09

Aprovado em: 10.09.09