

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

GIORDANO FILGUEIRA PINTO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PUNIBILIDADE DO
SERVIDOR PÚBLICO POR DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO NO EXERCÍCIO
DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

NATAL

2016

GIORDANO FILGUEIRA PINTO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PUNIBILIDADE DO
SERVIDOR PÚBLICO POR DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO NO EXERCÍCIO
DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como
requisito obrigatório para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. David de Medeiros Leite

NATAL

2016

GIORDANO FILGUEIRA PINTO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PUNIBILIDADE DO
SERVIDOR PÚBLICO POR DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO NO EXERCÍCIO
DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como
requisito obrigatório para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/2016

Prof. Dr. David de Medeiros Leite

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Msc. Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Msc. Carlos Sérgio Gurgel da Silva

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RESUMO

O objetivo central do trabalho é analisar os avanços trazidos pela Emenda Constitucional nº 19, mais precisamente ao tocante a inserção do princípio da Eficiência no ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, para entendimento do tema, foi definido a diferença entre Eficiência, Eficácia e Efetividade, depois foi realizado a análise das necessidades de adequação da Administração Pública para inserção, efetivamente, do princípio no serviço público, por fim foi feito a definição do que seria serviço público ineficiente e as formas de disciplinar o servidor público por prestações ineficientes, quais os critérios que devem ser adotados, as formas de punição, as formas de controle do ato, inclusive pelo poder judicial. A disciplina do servidor público por prestações ineficientes é uma ferramenta da Administração Pública para guiar as ações ao princípio. Contudo, deve-se observar a situação da aplicação da pena, uma vez que, se aplicada de forma equivocada pode desestimular o desenvolvimento do servidor e o exercício pleno de suas funções.

Palavras chave: Eficiência; Servidor Público; Disciplinação.

ABSTRACT

The main objective of the study is to analyze the advances brought by the Constitutional Amendment 19, more precisely in regard the inclusion of the principle of efficiency in the Brazilian legal order. Initially, to understand the subject, it was defined the difference between efficiency, efficacy and effectiveness, then performed the analysis of the adequacy requirements of the Public Administration for a effective inclusion of the principle in the public service was finally done the definition of what would be a inefficient public service and the forms of disciplining the public server by inefficient services, the criteria to be adopted, the forms of punishment, the forms of act of control, including the judiciary. The disciplining of public servants for inefficient services is a tool of the Public Administration to guide the actions at first. However, it should be noted progress in the implementation of the sentence, since if applied wrongly can discourage the development server and the full exercise of their functions.

Key Words: efficiency; public server; disciplining.

INTRODUÇÃO	8
1 EFICIÊNCIA	11
1.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	14
1.2A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE	16
2. EFICIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO	21
2.1 INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA ATINGIR A EFICIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO	21
2.1.1 Estrutura Organizacional	21
2.1.2 Estrutura Operacional	23
2.1.3 Servidores	27
2.1.4 Estrutura Física	28
2.2 DEVER DE EFICIÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO	29
2.2.1 Atividade Discricionária	30
2.2.2 Atividade Vinculada	33
3 RESPONSABILIZAÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR PRESTAÇÕES INEFICIENTES	38
3.1 FINALIDADE DA PENA DISCIPLINAR	39
3.1.1 Finalidade criminal da pena disciplinar	40
3.1.2 Finalidade administrativo-disciplinar da pena	40
3.2 PODER DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO PARA SE ALCANÇAR A EFICIÊNCIA	42
3.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA POR INEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	44
3.4 FORMAS DE CONTROLE JUDICIAL DA APLICAÇÃO DE PENAS DISCIPLINARES	46

3.4.1 Possibilidade de controle judicial sobre aplicação de pena administrativa	52
3.5 PARÂMETROS ADOTADOS PARA A TIPIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO AO SERVIDOR POR PRESTAÇÃO INEFICIENTE	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
APÊNDICE	66

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira e mundial passou por diversas mudanças no último século, o advento da reforma industrial, duas grandes guerras, a estabilização do sistema econômico vigente, a democracia, dentre outras várias mudanças.

Nesse contexto o Brasil também evoluiu bastante, avançou em diversas áreas, teve um aumento significativo na última década do século XX nos indicadores econômicos e no desenvolvimento tecnológico. Contudo, uma área que, aparentemente, se manteve alheia a esses avanços foi a prestação de serviços públicos, sempre considerados ineficientes.

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma carta cidadã, tendo expandido e consolidado direitos individuais e coletivos, porém uma pergunta deve ser feita, apesar dessa expansão de direitos estabelecidos, como a sociedade pode gozá-los se o Estado não consegue resguardá-los?

Esse foi o grande dilema da Gestão Pública, que precisou evoluir e se adequar aos anseios da sociedade e efetivar os direitos a tanto custo conquistados. Nesse óbice foi que se deu a idealização da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio o princípio da eficiência e o sedimentou como um dos princípios basilares da Administração Pública.

O intuito da inserção do princípio da eficiência foi tornar a prestação dos serviços públicos mais adequados aos anseios sociais e alinhar o servidor público às práticas mais sustentáveis, buscando sempre uma melhora na qualidade das atividades exercidas e um menor custo para a máquina pública.

O princípio da eficiência é imposto a todos os agentes públicos e busca que esses realizem as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Sendo considerado um dos mais modernos princípios da função administrativa, que já não busca somente a execução das suas atividades com legalidade, mas visa atingir resultados positivos para os serviços públicos e a satisfação dos tutelados pela execução dos mesmos.

Antes da Constituição Federal e da edição da Emenda Constitucional, o Decreto Lei 200/67 era o norte da eficiência na prestação dos serviços públicos, que

submetia toda a atividade pública ao controle de resultados em seu artigo 13 e 25, inciso V, fortalecendo o sistema de meritocracia (Art. 25, VIII), sujeitou a administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (Art. 26, III) e recomendou a demissão ou a dispensa dos servidores comprovadamente ineficientes ou desidiosos (Art. 100).

A evolução trazida pela EC 19 datada de 04 de junho de 1998, foi a inserção desse princípio aos princípios constitucionais da Administração Pública, estando essa previsão no Art. 37, caput, da Carta Magna.

A partir da emenda revolucionária, alguns artigos que seguiam a linha da eficiência foram inseridos no texto constitucional, tais como: Art. 39, § 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 entes federados; Art. 41, §1º, III – o servidor público estável só perderá o cargo: III mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa; Art. 41, §4º - como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Pois bem, várias da forma de avaliação e progressão do servidor na carreira funcional se alinham aos ditames da eficiência, buscando a atualização constante e uma melhor prestação dos serviços públicos.

Nesse diapasão surge a grande indagação quanto ao princípio, a eficiência foi inserida no ordenamento jurídico pátrio buscando melhorar os indicadores do serviço público. Quais as formas do Estado punir os servidores que são ineficientes na prestação dos serviços públicos?

O trabalho justifica-se na necessidade de haver adequação dos serviços públicos prestados aos anseios da sociedade, que evoluiu sobremaneira no último século e passou a demandar prestações melhores e mais qualificadas de serviços.

Portanto, não só o estado, mas os servidores públicos que compõe o quadro funcional devem se alinhar ao princípio da eficiência e melhorar tanto os processos

quanto os procedimentos, melhorando a qualidade e a satisfação da população que os demandar.

Com isso, a “punição” aos servidores que não se adequarem a essa nova realidade estatal deve ser um fim, uma forma de fazê-los se ajustarem aos ditames traçados pela administração pública. Contudo, quais seriam as formas corretas de aplicação é um problema que incomoda os gestores públicos, a possibilidade dos atos administrativos serem revistos pelo poder judiciário, dentre outros fatores que dificultam a sua aplicação.

O trabalho visa fazer uma revisão bibliográfica na doutrina, na legislação e na jurisprudência, tentando mapear quais são as sanções administrativas e penais cabíveis, bem como a forma correta de aplicá-las.

O objetivo geral do trabalho é: Identificar os meios legais da disciplinação do servidor público por prestações ineficientes de serviço.

A fim de alcançar tal objetivo, alguns objetivos específicos precisaram ser traçados, quais sejam: definir, doutrinariamente, a diferença entre eficiência, eficácia e efetividade, inserindo-os no ordenamento jurídico pátrio; buscar na doutrina meios legais de sanções administrativas e penais para os servidores ineficientes; entender o posicionamento do judiciário quanto a aplicação de sanções e qual o seu papel no controle dos atos administrativos corretivos.

Para a efetivação desses objetivos será realizado uma pesquisa exploratória, uma vez que busca levantar as informações existentes sobre o tema e analisa a jurisprudência existente.

Tendo como fonte fundamental a bibliografia da área e os documentos jurisprudenciais.

Quanto a sua abordagem, a pesquisa será eminentemente qualitativa, tendo como fonte de informação a teórica.

A pesquisa científica proposta pode ser definida como doutrinária, uma vez que está voltada ao estudo das teorias sobre o tema e o entendimento jurisprudencial dominante e legal, tendo em vista que tratará da sistematização e interpretação das normas jurídicas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

1. EFICIÊNCIA

Antes de adentrarmos ao estudo jurídico da relação entre eficiência e legislação no ordenamento jurídico pátrio, mister se faz distinguirmos os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade.

O ilustre doutrinador Idalberto Chiavenato leciona que toda a organização deve ser analisada sob o prisma da eficácia e da eficiência concomitantemente, vejamos:

[...] eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível [...]¹

A preocupação basilar do princípio da eficiência não está ligada ao alcance do objetivo, mas sim aos meios adotados para isso, ela está intimamente relacionada com as operações, voltada a sua atenção para os processos internos da organização. Com isso, insurgisse que, a preocupação com o alcance dos objetivos está relacionada ao princípio da eficácia, atendo-se com os aspectos externos à organização, neste sentido:

À medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele está se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza estes instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem feitas são as que relamente deveriam ser feitas, então ele está se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos através dos recursos disponíveis)²

O mesmo autor afirma que nem sempre uma organização pode ser considerada eficiente e eficaz, podendo ser uma ou outra, mas que o ideal consiste na busca igualitária dos dois.

Com isso, pode-se inferir que a eficiência consiste na melhor utilização dos meios que estão à disposição e a eficácia é o meio hábil para se alcançar os objetivos, mesmo que não se utilize da melhor forma possível os recursos disponíveis. Resta

¹ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria Geral da Administração. São Paulo: Makron Books do Brasil, McGraw-Hill, 2004. Pag. 70

² Id. Ibid. Pag. 70

dizer que, pode-se ser eficaz sem ser eficiente, uma vez que o alcance dos objetos não inferi que houvera uma utilização plena dos recursos disponíveis.

Isso leva-nos a crer que a eficiência é a forma correta de fazer algo, a melhor forma de realizar uma tarefa, esse também é o entendimento de Sergio Rodrigues Bio:

[...] eficiência diz respeito a método, a modo certo de fazer as coisas. [...] Uma empresa eficiente é aquela que consegue o seu volume de produção com o menor dispêndio possível de recursos. Portanto, ao menor custo por unidade produzida.[...] eficácia diz respeito a resultados, a produtos decorrentes de uma atividade qualquer. Trata-se da escolha da solução certa para determinado problema ou necessidade. [...] Uma empresa eficaz coloca no mercado o volume pretendido do produto certo para determinada necessidade”³

Contudo, o mesmo doutrinado condiciona a eficácia de uma organização ao seu nível de eficiência: “[...] a eficácia depende não somente do acerto das decisões estratégicas e das ações tomadas no ambiente externo, mas também do nível de eficiência [...]”⁴ .

Por outro lado, há alguns doutrinadores que consideram eficiência e eficácia conceitos diversos, vejamos:

[...] eficiência é a capacidade de ‘fazer as coisas direito’, é um conceito matemático: é a relação entre insumo e produto (input e output). Um administrador eficiente é o que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão-de-obra, material, dinheiro, máquinas e tempo) necessários à sua consecução. Em outras palavras, um administrador é considerado eficiente quando minimiza o custo dos recursos usados para atingir determinado fim. Da mesma forma, se o administrador consegue maximizar os resultados com determinada quantidade de insumos, será considerado eficiente [...] eficácia é a capacidade de fazer as coisas certas ou de conseguir resultados. Isto inclui a escolha dos objetivos mais adequados e os melhores meios de alcança-los. Isto é, administradores eficazes selecionam as coisas ‘certas’ para fazer e os métodos ‘certos’ para alcança-los⁵

Na área pública esses conceitos comumente aplicam-se da mesma forma que para a instituições privadas, Torres traz essas definições nas organizações estatais:

Eficácia: basicamente, a preocupação maior que o conceito revela se relaciona simplesmente com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos. Eficiência: aqui, mais importante que o simples alcance dos objetivos estabelecidos é deixar explícito como esses

³ BIO, Sérgio Rodrigues. Sistemas de Informação: um enfoque gerencial. São Paulo: Atlas, 1996. p. 21

⁴ Id. Ibid. Pag. 22

⁵ MEGGINSON, Leon C. et al. Administração: conceitos e aplicações. 4.ed. São Paulo: Harbra,1998, p.11-12

foram conseguidos. Existe claramente a preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal, ou seja, é preciso buscar os meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica que busca maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com menores custos, gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte⁶

Pois bem, esse conceito trazido por Torres está de acordo com os princípios que o legislador tentou imputar no estado com a EC n^o 19, que será visto no capítulo a seguir, em que o Gestor Público (administrador) deve buscar a maximização dos resultados com a minimização dos custos, na tentativa de ofertar um serviço de melhor qualidade para os contribuintes com o menor gasto de dinheiro público, buscando a maior eficiência em suas ações.

Nesse momento faz-se necessário trazer à baila o conceito de efetividade, que na administração pública está ligado a que medida os resultados de uma ação trazem benefício à população. Ou seja, sendo um conceito mais abrangente aos de eficiência e eficácia, recorre-se novamente aos ensinamentos de Torres para construir a diferenciação:

Efetividade: é o mais complexo dos três conceitos, em que a preocupação central é averiguar a real necessidade e oportunidade de determinadas ações estatais, deixando claro que setores são beneficiados e em detrimento de que outros atores sociais. Essa averiguação da necessidade e oportunidade deve ser a mais democrática, transparente e responsável possível, buscando sintonizar e sensibilizar a população para a implementação das políticas públicas. Este conceito não se relaciona estritamente com a idéia de eficiência, que tem uma conotação econômica muito forte, haja vista que nada mais impróprio para a administração pública do que fazer com eficiência o que simplesmente não precisa ser feito⁷

Resumindo o entendimento do autor, a efetividade verifica a necessidade da ação estatal para o tutelado, verifica se aquela ação é adequada e se deveria ser tomada em detrimento de outras, uma vez que o Estado não pode “fazer tudo” tem de escolher as melhores ações a serem tomadas.

Com essa explanação inicial pode-se abstrair o entendimento central de cada um dos conceitos, quando a eficiência tem o seu foco na relação custo/benefício, busca a maximização dos recursos (para o serviço público é fundamental); a eficácia se preocupa somente com o resultado, se o objetivo é atingido ou não, independente de quanto de insumos foi gasto (não sendo a melhor forma de gestão dos recursos

⁶ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. Pag. 175

⁷ Id Ibid. Pag. 175

público que são escassos); e a efetividade que concentra seus esforços na necessidade da tomada de decisão, se ação será útil ou não (princípio fundamental para o serviço público que possui recursos limitados).

Para o nosso estudo focaremos na análise da eficiência, uma vez que é o princípio abarcado pela constituição pátria.

1.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República foi promulgada em 1988 como é de sabença geral. Contudo, somente em 1998, uma década após a sua promulgação, é que os legisladores pátrios começaram a se preocupar com a eficiência na prestação dos serviços públicos com a promulgação da Emenda constitucional nº 19, datada de 04 de julho, esse também é o entendimento de Castro (2006):

A constituição de 1988 representou, para a gestão pública, um retrocesso ao modelo burocrático. Portanto, a edição da Emenda Constitucional nº 19 significa uma verdadeira mudança de paradigma e a possibilidade de importantes avanços para o campo público. Com ela, tem-se a permissão legal para se adotar no Brasil as reformas gerenciais⁸

A EC nº 19 alterou a redação do artigo 37 da CF/88 e inseriu a eficiência como um dos princípios basilares da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 37 A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:⁹

Ao analisa-se o texto constitucional, faz-se necessário se ter um embasamento científico, de um dos maiores doutrinadores administrativos brasileiros, Hely Lopes de Meirelles leciona que: a presteza, perfeição e rendimento funcional devem ser princípios basilares da atividade administrativa e que, por conseguinte,

8 Dias, Jefferson Aparecido. Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1998. Curitiba, Juruá, 2006

⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

integram o princípio da eficiência, sendo esse princípio o mais moderno do direito administrativo pátrio, que tem por finalidade levar o serviço público a desempenhar as suas funções de acordo com a legalidade exigida, atendendo as exigências da comunidade e dos seus membros.¹⁰

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento de Dias, ainda citando a possibilidade de demissão ou dispensa de servidores ineficientes:

Dever de eficiência corresponde ao dever de boa administração da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec. Lei 200/67, quando submete toda a atividade do Executivo ao controle de resultado, fortalece o sistema de mérito, sujeitando a administração à eficiência administrativa e recomendando a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso¹¹

Ao tratar sobre o tema, Bocafoli adentra a discussão inserindo a reforma que a EC nº 19 teve sobre a administração pública e o seu impacto sobre a estabilidade do servidor:

Prevê, a emenda, que deverá haver critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, por força do cargo exercido, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Segundo a justificativa da emenda, tal norma trata da regulamentação da estabilidade de forma rígida para as carreiras que desenvolvam funções exclusivas de Estado, e, de forma mais flexível, para os demais funcionários¹²

Para o autor, a busca da eficiência foi um dos pontos chaves da emenda que buscou melhorar a qualidade dos serviços prestados pelo ente público, possibilitando, ainda, a demissão de funcionários que não se encaixassem com a nova realidade do serviço público, que deveria ser de melhor eficiência, conforme os conceitos anteriormente estudados, a partir da emenda o servidor necessitaria buscar desenvolver o seu trabalho da forma mais produtiva com os recursos existentes.

A introdução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico pátrio teve a pretensão de estabelecer nova forma de gerir o bem público, uma vez que a que estava em uso até a entrada em vigor da Emenda Constitucional não estava mostrando bons resultados.

¹⁰ Hely Lopes Meirelles, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Direito administrativo brasileiro. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2013.pag. 94

¹¹ Dias, Jefferson Aparecido. Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1998. Curitiba, Juruá, 2006

¹² BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010.

1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE

O Ordenamento jurídico é quem dita as regras para a administração do Estado, sob a velha máxima “o agente público só pode fazer aquilo que a Lei autoriza”, corolário do princípio da Legalidade. Contudo, essa atuação se dá com a utilização de inúmeras técnicas, que visam a obtenção dos resultados pelos gestores públicos.

Segundo entende Bocafoli, a eficiência na prestação dos serviços públicos há muito já era buscada:

A eficiência, como conceito, há muito tempo já existia nos estudos da ciência administrativa. Em linhas gerais, é expressada como a melhor forma de utilização dos recursos disponíveis, isto é, como a otimização da relação meio-fim.¹³

Na medida em que determinado instituto jurídico entra em vigor, torna-se obrigatório, e o seu conteúdo passa a ter importância jurídica e a sua feitura exigível.

Vale consignar que, o desenvolvimento científico da eficiência, até o momento da entrada em vigo da EC nº 19 no Brasil, era focada somente no âmbito privado havendo poucos estudos sobre o tema (no Brasil) para a prestação de serviços públicos é o entendimento de SANCHO ROYO apud BOCAFOLLI:

As técnicas existentes na Ciência da Administração, embora importantes, foram desenvolvidas para serem aplicadas no âmbito de mercado privado e, por isso, não podem ser aplicadas ou simplesmente transferidas para o âmbito da Administração Pública. Existem diferenças intransponíveis entre os dois segmentos que merecem ser destacadas. A forma de auferir recursos para a consecução dos seus respectivos fins, por exemplo, é completamente diferente em um e outro setor. No âmbito privado, extraem-se recursos diretamente do mercado, por meio de seus clientes, por meio do processo de intercâmbio entre bens ou serviços por dinheiro, da relação entre oferta e demanda. No âmbito público, a obtenção de recursos se realiza por meio do sistema tributário, no qual nem sempre quem paga é quem vai utilizar o bem ou o serviço; toda a coletividade contribui para o financiamento dos objetivos do Estado.¹⁴

O entendimento de José Afonso da Silva também é nesse sentido, vejamos:

¹³ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010..

¹⁴ SANCHO ROYO, 1999, Pag. 24 *apud* BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010.g. 672

Na administração Pública as condições de eficiência são diferentes porque, em relação aos bens públicos, vale o princípio de não exclusão, isto é, o consumo da parte de um agente econômico não exclui a possibilidade que outros consumam contemporaneamente o mesmo bem; enquanto no caso dos bens privados cada um consome diversas quantidades ao mesmo preço, no caso dos bens públicos (p. ex., a defesa nacional), todos consomem a mesma quantidade atribuindo-lhes valores diferentes. 15

Pode-se inferir da lição que, no âmbito privado a busca da gestão eficiente tem como finalidade o aumento do número de clientes somados à diminuição dos custos operacionais. Podemos perceber que esse não é a finalidade da prestação dos serviços públicos, já que esses buscam o bem comum para a tutela e a garantia de uma prestação (mínima) para cada um dos cidadãos. Com isso temos que:

O critério para a verificação da eficiência pública seria, então, a medida da satisfação dada ao bem comum, isto é, o nível de atendimento dos objetivos constantes do ordenamento jurídico, algo impassível de ser mensurado ou avaliado objetivamente.¹⁶

Dessa forma, tendo em vista as diferenças existentes entre o ramo público e o privado, não temos como afirmar que o conceito, originalmente desenhado no ramo privado, de eficiência foi migrado em sua integralidade para o ordenamento jurídico, portanto, o instituto não deve ser utilizado nos moldes em que foi concebido pela Ciência da Administração. Nesse sentido, Onofre Alves Batista Júnior:

Na realidade, o que a Constituição juridicizou foi o Princípio Constitucional da Eficiência, de contornos jurídicos; entretanto, isso não quer dizer que o Direito tenha absorvido in totum as regras técnicas da Ciência da Administração em seu âmago. Os referenciais de eficiência não foram rigidamente juridicizados, e da mesma forma as regras de organização e administração da Ciência da Administração não foram incorporadas tal e qual ao mundo jurídico.¹⁷

O ensinamento do autor, com o qual possuímos mais afinidade, faz saber, ainda, que as regras organizacionais desenvolvidas pela Ciência da Administração não podem ser utilizadas para traçar o alcance dos princípios jurídicos (eficiência), uma vez que até a própria ciência referendada admite não ser possível a construção de princípios e regras infalíveis que tenham “vetores exatos”.

Com isso não afirma-se que deve haver um afastamento entre os ensinamentos da Administração e a Gestão Pública, que podem, indiscutivelmente,

¹⁵ SILVA, José Afonso de. Curso de direito constitucional positivo. 32 ed. Ver. E atualizado. São Paulo: Malheiros Ed. 2009. P. 123.

¹⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Pag. 201.

¹⁷ Id. Ibid. pag. 417.

contribuir para a Administração Pública, mas que deve haver uma absorção dos ideais da iniciativa privada, sem que aconteça a transferência integral desta para o âmbito Público, devendo haver o cuidado com a adequação da atuação tendo em vista as peculiaridades existentes.

Tem-se que, assim como todos os princípios legais, a eficiência não é absoluta e tem de ser relativizada, levando-se em consideração o caso concreto, mesmo que a sua positivação irradie vários efeitos na Gestão Pública. Podendo ser, inclusive, impeditivo de conduta, uma vez que desautorize ações que estejam em desacordo com os seus preceitos, dessa forma se propagando por toda a ordem jurídica através dos atos concretos praticados pela Administração Estatal.

Conforme leciona Humberto Ávila, o princípio da eficiência é constitucional-administrativo:

a eficiência é um postulado, e, como postulado, diferentemente dos princípios, não impõe a promoção de um fim, mas sim estruturam a aplicação do dever de promover um fim, ou seja, não “prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamento”, isto é, estruturam a aplicação de normas que descrevem comportamentos.¹⁸

Os princípios no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente no ramo do direito administrativo, têm a finalidade de tentar corrigir a instabilidade legislativa, uma vez que há várias legislações esparsas que precisam ser regulamentadas, além de equilibrar a dualidade de interesses, o público e o privado.

Para Ana Paula Barcellos, esse choque de interesses é o dilema central da relação entre Estado e tutelado:

a eficiência consistiria em atingir a finalidade plena do ordenamento jurídico, que é a satisfação das necessidades coletivas e o atendimento dos direitos individuais dos administrados, destinados à preservação da dignidade da pessoa humana; seria um mandamento de otimização dos meios e recursos para o alcance das necessidades necessárias para atingir esse fim. Pode significar, ainda, “medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”, lembrado que, por mais que o Estado seja pluralista, há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade da pessoa humana de maneira tão profunda que sem elas tal pilar não se realiza.¹⁹

¹⁸ Ávila, 2007, p. 135-135 *apud* BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 2. Ed. Ampli. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pag. 226-227.

Resta dizer que, o princípio da eficiência tem por finalidade a garantia dos meios mínimos necessários para o desenvolvimento da sociedade sem interferir agressivamente na personalidade do administrado, buscando não desamparar as necessidades imprescindíveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

De fato, a eficiência não é a inovação da EC nº 19, pois já era prevista de forma dispersa em leis, na própria constituição e em algumas jurisprudências:

A introdução do princípio da eficiência no texto constitucional, por si só, não é suficiente para transformar a forma de atuação do Estado. No entanto, por poder ser imediatamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público, marca a introdução de uma concepção capaz de promover o avanço cultural dos administradores e de colaborar com atitudes inovadoras antes escondidas nas teias do rigor e do costume estrutural e procedimental. Agora, há respaldo e desculpa constitucional para aqueles que se animam a impor mudanças em determinadas condutas arraigadas na atuação funcional.²⁰

Assim, não se pode menosprezar a positivação do conceito, uma vez que promove uma dissipação de efeitos em toda a administração pública, além de criar uma abertura didático-pedagógica para manter os agentes públicos nos ditames estabelecidos.

Conforme pode ser observado, a eficiência no serviço não é apenas um meio de controle ou fiscalização das atividades, mas sim uma forma de melhorar a qualidade dos serviços na tentativa de entregar para o tutelado uma prestação de melhor qualidade. Tendo em vista que, na maioria das vezes, um resultado não atingido decorre de ações mal realizadas.

Portanto, a busca por atingir o objetivo nem sempre é a melhor saída para a administração Pública, que deve gerir o seu “negócio” da forma mais eficiente possível, buscando uma melhor utilização de todos os seus “meios de produção”, essa é a lição de Dora Maria de Oliveira Ramos:

De igual modo, o resultado, em caráter isolado, não é suficiente para justificar os meios empregados, sob pena de restar abalado o Estado de Direito. A adoção de procedimentos publicísticos não está unicamente delegada à apreciação aleatória do administrador, mas é condicionada por parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico. O resultado em si mesmo não é bastante para concluir-se pela capacidade do administrador. Daí o conceito de

²⁰ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010.

efetividade, como a consagração de meios e fins mais apropriados para nortear a conduta da Administração Pública.²¹

Com isso infere-se que, a atuação eficiente do Estado tem de ser analisada sob duas óticas, que não podem ser separadas, a da racionalidade e otimização no uso dos meios e a da satisfação dos resultados atingidos. Esse é o óbice da boa administração, a escolha mais adequada dos meios para alcançar o resultado.

O avanço constitucional que disciplinou o princípio da eficiência como um dos pilares da administração pública, como já foi esposado em tópico anterior, foi a EC nº 19/98, que em seu Artigo 27 estabelecia o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o Congresso Nacional elaborasse a “lei de defesa do usuário de serviços públicos”, fato esse que até o presente momento ainda não aconteceu.

O Projeto de Lei Complementar nº 248-D, datado de 1998, que tinha por finalidade disciplinar a perda do cargo público pelo servidor estável que tivesse o desempenho de suas funções considerada insuficiente (sendo, portanto, considerado ineficiente), propõe alguns parâmetros para uma atuação eficiente, tais como o cumprimento das normas de procedimento e de conduta no desempenho das atribuições do cargo, a produtividade no trabalho com base em padrões previamente estabelecidos de qualidade e de economicidade, assiduidade, pontualidade e disciplina, dentre outros.

Mesmo que os parâmetros não sejam suficientes para abarcar a totalidade do princípio, são ótimos pontos de partida para tornarem objetivos o instituto da eficiência. Enquanto a legislação pátria não progride no sentido de normatizar os parâmetros, resta à Administração Pública fazê-lo, mesmo que a percepção do conceito no serviço continue sendo puramente intuitiva e aproximativa, o qual relativiza a sua utilidade como parâmetros de valoração jurídica.

²¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTR, 2001. Pag 131.

2. EFICIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

A cobrança pela eficiência do servidor público somente poderá se dá depois do serviço público ter atingido as condições necessárias que permitam o desenvolvimento de um comportamento eficiente.

Uma vez que para se ter uma organização eficiente, conforme definições estudadas no capítulo anterior, que busque um melhor uso dos “meios de produção” disponíveis, faz-se necessário que a própria administração pública forneça meios para que o funcionário possa prestar um serviço eficiente.

Dessa forma, o empregador (Estado) deverá fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento de uma atividade eficiente, além de buscar a disseminação, entre os servidores, da busca contínua do aperfeiçoamento.

A seguir tratar-se-á de quais instrumentos são necessários para atingir essa eficiência e como eles poderiam ser implantados na gestão pública.

2.1 INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA ATINGIR A EFICIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

2.1.1 Estrutura Organizacional

Na estrutura administrativa Estatal, em que o organograma da instituição, como se sabe, são definidas por lei, lei essa que já deve contemplar uma estrutura funcional e que busque a eficácia dos interesses públicos, a eficiência já deve se fazer presente, restando ao Gestor a missão de fazer pequenos ajustes que visão alinhar a organização com a realidade da sociedade, vejamos:

Organização é o arranjo de pessoas que visa facilitar o alcance de alguns objetivos acordados pelo grupo através da alocação de funções e responsabilidades. Relaciona-se com os esforços e as capacidades dos indivíduos e dos grupos engajados em uma tarefa comum, de forma a assegurar o objetivo desejado com o menor atrito e com a maior satisfação para aqueles aos quais a tarefa é feita e aqueles engajados no empreendimento²²

Assim, a organização nada mais é do que a parte rígida que tenta adequar as funções exercidas de modo a se adequarem a finalidade do grupo.

Nos ensinamentos de Alvacir Correa dos Santos: “A eficácia de uma organização é determinada pela sua capacidade de concentrar-se em uma tarefa”²³ devendo estar alinhada com a finalidade proposta.

Vale consignar que a escolha de determinada organização requer a elaboração de estudo anterior, que tem a finalidade de adequar às peculiaridades e finalidades que querem ser alcançadas.

Sobre a escolha da organização, Santos leciona:

No atual sistema normativo, a organização é escolha feita pelo legislador dentro das alternativas oferecidas pela Ciência da administração. É o poder Legislativo que cumpre disciplinar a organização administrativa de forma eficiente, buscando otimizar o alcance dos desígnios constitucionais.²⁴

Tal ensinamento está de acordo com os preceitos Constitucionais, que vedam a mudança livre da organização, somente podendo ser realizada por meio de Lei ou de Reforma Constitucional, a exceção a isso está previsto no art. 84, VI, “a”, Cf/88, que autoriza ao Presidente, mediante decreto, dispor sobre a organização da administração:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

²² GAUS, John M. A theory os organization in public adminitration. 1936, pag. 66-67 apud BOCAFOLI 2010

²³ SANTOS, Alvacir Correa dos. Princípio da eficiência da administração pública. São Paulo: Ltr, 2003. P. 24.

²⁴ SANTOS, Alvacir Correa dos. Princípio da eficiência da administração pública. São Paulo: Ltr, 2003., p. 679.

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;²⁵

Essa forma de alteração da estrutura estatal que requer que a mudança seja validada pelo poder Legislativo pode gerar uma série de dificuldades, a primeira delas é quanto a demora para que elas ocorram, o que pode acarretar em uma estrutura muito enrijecida que não atenda aos anseios sociais; outro ponto desfavorável é a pouca capacidade técnica dos legisladores, que, em sua grande maioria, não possuem os conhecimentos técnicos necessários.

Com isso, pode-se abstrair que essa forma de se estruturar a Administração Pública não está de acordo com o que se espera de uma organização eficiente, que deve buscar sempre fazer mais com menos e prestar um serviço de qualidade para a população.

2.1.2 Estrutura Operacional

A operacionalização da organização, nada mais é do que coordenar as atividades com o objetivo de se alcançar as finalidades delineadas pelo grupo.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, esse instrumento tem por finalidade a boa utilização das técnicas administrativas, como a busca pela prestação eficiente dos serviços públicos:

Nesse campo estrutural e funcional do Estado atua o moderno Direito Administrativo organizatório, auxiliando pelas contemporâneas técnicas de administração, aquele estabelecendo o ordenamento jurídico dos órgãos, das funções e dos agentes que irão desempenhá-las, e estas informando sobre o modo mais eficiente e econômico de realizá-las em benefício da coletividade. O Direito Administrativo impõe as regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal; as técnicas de administração indicam os instrumentos e a conduta mais adequada ao pleno desempenho das atribuições da Administração. Assim, embora sendo disciplinas diferentes, ambas devem coexistir em toda a organização estatal, autárquica, fundacional e paraestatal, a fim de bem ordenar os órgãos, distribuir, fixar as competências e capacitar os agentes para a satisfatória prestação dos

²⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acessado em: 28/02/2016.

serviços públicos ou de interesse coletivo, objetivo final e supremo do Estado em todos os setores do Governo e da Administração.²⁶

Pois bem, o que nesse trabalho se denomina como operacional, nada mais é do que a relação coordenativa existente, dentro da Administração Pública, entre o agente público e os entes administrativos, na busca da concretização dos objetivos do estado.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da gestão gerencial, ao inserir no texto constitucional os §§ 8º e 9º ao Art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal."

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²⁷

Esses institutos criados tinham a finalidade de quebrar a forma tradicional de se operacionalizar as atividades estatais e trazer a ciência da Administração para dentro do serviço Público.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo, 33 ed. São Paulo: Malheiros. P. 63.

²⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acessado em: 28/02/2016

Essa abertura inicial trouxe consigo outras evoluções, dentre elas podemos citar o contrato de gestão, que é uma das principais ferramentas utilizadas para se medir gestão por eficiência (Indicadores de eficiência), que são definidos por Alexandre de Moraes como sendo:

A característica básica do contrato de gestão é a atuação consensual entre o estado e seus cooperados ou colaboradores na prossecução dos interesses públicos, em respeito ao recentemente consagrado princípio da eficiência, tendo, portanto, o objetivo primordial de estabelecimento de determinadas metas a serem alcançadas pelas entidades, que devem obter, em contrapartida, algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato de gestão deve ser estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas.²⁸

Em seu Artigo 241 a Constituição Federal também prevê:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²⁹

Com essa redação há a autorização da expansão da gestão por eficiência para os consórcios públicos e os convênios de cooperação, nada mais do que justos, uma vez que esses tipos de contrato são, em sua grande maioria, firmados para buscarem uma melhor prestação para o tutelado.

Para Bocafoli:

Essa administração pública coordenativa, multilateral e radial deve preponderar sobre a administração pública subordinativa, unilateral, hierarquizada e linear, apontando diversos aspectos que a qualificam, dentre os quais destacamos o potencial criativo da sociedade e dos próprios entes estatais, a simplificação da máquina gestora do Estado, o atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos antigos modelos e a racionalização da distribuição de competência dentro do Estado. A operação/coordenação é justamente a utilização maximizada da organização (aspecto técnico, estático) e dos recursos humanos (aspectos humano, dinâmico) para o alcance do fim do Estado; significa manejar tais elementos para a persecução de determinados fins ou satisfação de necessidades específicas. O administrador dá direção e rumo às suas organizações,

²⁸ MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 62-63

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acessado em: 28/02/2016

proporciona liderança às pessoas e decide como os recursos organizacionais devem ser dispostos e utilizados para atingir os objetivos da organização.³⁰

Pode-se abstrair dos ensinamentos doutrinários que um gestor (coordenador, função operacional, que tem a finalidade de operacionalizar as atividades) que tenha seu desempenho considerado indevido, pode colocar em risco a eficiência de qualquer organização tecnicamente perfeita.

Por isso, é que tais atividades gerenciais deveriam ser, tão somente, realizadas por profissional capacitado, como pode ser observado em empresas privadas, que não sofresse ingerências políticas e possuísse ilibado comportamento moral, e que buscasse incessantemente o melhor uso dos agentes públicos e da organização para atingir a finalidade do serviço da forma mais eficiente.

Nesse óbice é que práticas comuns no serviço público, tais como o nepotismo, ceceiam a atuação estatal no alcance dos seus objetivos, uma vez que a colocação de pessoas despreparadas em cargos estratégicos prejudicam o bom desenvolvimento da atividades organizacionais.

Sobre o tema Bocafoli comenta:

Há uma escassez de profissionais técnicos nos altos escalões, ou seja, nos escalões que ditam toda a política a ser desenvolvida no Estado, que produzem decisões de extrema importância para o Estado. Tais pessoas não são indicadas para o exercício da função por força da sua qualificação técnica, mas, muitas vezes, por conta de interesses políticos, o que acarreta irremediáveis danos para toda a sociedade. Para que houvesse equacionamento da questão, imprescindível fosse observado um esquema de mérito pelo qual 'os incapacitados moral e intelectualmente nunca cheguem a chefiar nenhuma repartição, por menor que seja' e 'confira aos capacitados possibilidades de ascensão funcional, evitando assim que os incapacitados se apeguem a pistolões para serem elevados a ocupar postos que, pelo mérito, não lhes competem'.³¹

Para haver um desenvolvimento uniforme e contínuo da Administração Pública, é necessário que as pessoas certas ocupem os cargos gerenciais, somente pessoal qualificado e com capacidade para gerir.

³⁰ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 57-58

³¹ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 59

2.1.3 Servidores

Como o próprio título já diz, esse tópico tratará do material humano disponível na organização, que possuem uma função importantíssima para o alcance da eficiência.

O Servidor, além de ser uma engrenagem fundamental da máquina estatal, utiliza-se de todo aparato institucional para a execução das suas funções. Com isso, todas as ações do agente público devem estar integradas, uma vez que a má execução delas pode colocar a perder todo o sistema administrativo.

Nesse sentido leciona Fábio Medina Osório:

Os agentes públicos deveriam gozar de maior liberdade para o alcance dos resultados, [...] o que o obriga a manejar instrumentos de negociação e persuasão, muito mais do que os instrumentos meramente formais de imposição de vontade unilateral, devendo agir de forma imparcial, técnica, alheia às questões políticas partidárias.³²

Essa atuação mais autônoma dos servidores deve ser pensada coletivamente, uma vez que a busca eficiente de cada um deve estar de acordo com a finalidade do serviço, portanto cada uma das engrenagens (servidores) devem atuar em conjunto para que a máquina possa girar de forma eficiente (organização estatal), esse é o entendimento de Onofre Alves Batista Junior:

Como concluem os cientistas da Administração, a eficiência de um órgão deve conduzir a um resultado de maior produtividade do que o decorrente da soma das contribuições individuais. A questão que se põe nesse segundo plano, portanto, diz respeito ao fato de que não basta a atuação individual eficiente do agente público tomado isoladamente, mas, para que o órgão ou unidade possa ser eficiente, é necessária a otimização das performances dos componentes isolados, além da eficiente coordenação e articulação desses esforços individuais.³³

Os agentes públicos são inseridos na organização estatal como parte fundamental para a atividade. Portanto, o foco para a busca de uma estrutura administrativa eficiente passa por um servidor eficiente.

Quando não há o reconhecimento do Estado da capacidade e necessidade que esse tem do Servidor, segundo Fabio Medina Osório, ocorre:

³² OSÓRIO, Fabio Medina. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor Adílson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 290-291.

³³ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.

A consequência disso é o que geralmente se vê na Administração Pública, na qual os servidores concursados, originariamente qualificados, que entraram através de um concurso idôneo, com o tempo se desmotivam ao verificar que não há futuro para eles naquele espaço, se não for a partir da adesão a um determinado projeto político-partidário ou às relações de dependência pessoal. Isso gera uma brutal ineficiência de gestão.³⁴

Esses ensinamentos nos fazem pensar se as mudanças necessárias para haver uma máquina administrativa eficiente se encontrariam mesmo na legislação ou na sua organização. Uma vez que percebemos que se trata muito mais de um hábito do que de reformas jurídicas, por vezes, o que necessitava ser alterado era a conduta dos Agentes Públicos, a vontade política ou os padrões culturais, não o modelo legal adotado.

2.1.4 Estrutura Física

E função do estado fornecer a estrutura e o ambiente necessários para o exercício da atividade administrativa, não apenas com o intuito de valorizar o servidor, mas também para tornar viável o exercício das suas atividades de forma plena:

Tal estrutura, por sua vez, deve compreender o aspecto estrutural, como um ambiente de trabalho adequado, instrumentos de trabalho necessários e adequados para o desempenho da função específica de cada agente (como computadores para aqueles cuja atividade não os dispensa, por exemplo, escreventes, advogados públicos, juízes, promotores, etc., veículos para aqueles que exercem atividades externas, como fiscais, advogados públicos, etc., equipamentos para peritos, armas para policiais, etc). o material deve ser de qualidade e estar em bom estado de conservação propiciando o efetivo desempenho da função.³⁵

Essa estrutura também deve amparar o aspecto humano, o número suficiente de servidores, bem como a distribuição eficiente dos serviços, pois um órgão com um

³⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor Adílson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 293.

³⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor Adílson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 295.

número suficiente de agente, se não tiver uma divisão justa das tarefas será ineficiente, uma vez que uns terão mais atribuições e outros menos.

2.2 DEVER DE EFICIÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO

Diante dos temas abordados e da análise feita até o presente momento, podemos inferir que a eficiência não é dever exclusivo do servidor público, mas deve ser compartilhada entre o Estado (empregador) e esse. Cabendo ao Estado fornecer as condições necessárias para que a prestação dos serviços seja realizado de forma eficiente.

Pois bem, na administração pública, podemos dividir a eficiência em dois enfoques, o primeiro que se refere aos objetivos da administração e o outro ligado à técnica empregada pelo servidor, e nesse sentido a análise de Santos:

Sendo assim, o princípio da eficiência pode ser visto sob a ótica do modo de agir do agente público, esperando-se deste o melhor desempenho possível de suas atribuições, com a finalidade de alcançar os melhores resultados, e sob a ótica do modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo fim de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.³⁶

Com isso, dividir-se-á o estudo do aspecto individual do servidor em dois, no primeiro trataremos da atividade discricionária exercida por ele e no segundo momento abordaremos a atividade vinculada exercida pelo servidor público.

³⁶ SANTOS, Alvacir Correa dos. Princípio da eficiência da administração pública. São Paulo: Ltr, 2003. P. 255.

2.2.1 Atividade Discricionária

Para os particulares o princípio da legalidade se apresenta de forma menos restritiva do que acontece para os servidores públicos. Uma vez que aqueles podem fazer tudo o que não for proibido por Lei, uma vez que esses só podem fazer aquilo estritamente previsto na Lei. Podemos inferir que legalidade nesse caso é positivo, portanto a atuação da Administração Pública sendo sempre realizada em nível infra-legal, esse é o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, vejamos:

Cumpra, no estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra do Direito como as adequadas ao caso.³⁷

Pode-se perceber da lição do ilustre doutrinador que, a preocupação do legislador ao limitar a atuação do agente público buscou resguardar os administrados, evitando que os que representam o Estado pudessem tomar atitudes arbitrárias e contrárias aos interesses públicos, tentando evitar possíveis danos ao tutelado.

Nesse diapasão trazemos à baila os conceitos de ato administrativo discricionário e vinculado, esposado por Alexandre Mazza, vejamos:

A mais importante classificação dos atos administrativos baseia-se no critério do grau de liberdade, dividindo os atos em vinculados e discricionários. a) atos vinculados são aqueles praticados pela Administração sem margem alguma de liberdade, pois a lei define de antemão todos os aspectos da conduta. Exemplos: aposentadoria compulsória do servidor que completa 70 anos de idade, lançamento tributário, licença para construir. Atos vinculados não podem ser revogados porque não possuem mérito, que é o juízo de conveniência e oportunidade relacionado à prática do ato. Entretanto, podem ser anulados por vício de legalidade. b) atos discricionários são praticados pela Administração dispendo de margem de liberdade para que o agente público decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de atingir o interesse público. Exemplos: decreto expropriatório, autorização para instalação de circo em área pública, outorga de permissão de banca de jornal. Os atos discricionários são caracterizados pela existência de um juízo de conveniência e oportunidade no motivo ou no objeto, conhecido como mérito. Por isso, podem tanto ser anulados na hipótese de vício de legalidade quanto revogados por razões de interesse público³⁸

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. Ed., 7 tir., São Paulo: Malheiros ED., 2006. P.60.

³⁸ Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 202 - 203

Essa diferenciação será necessária para o entendimento das atividades exercidas pelos servidores públicos, atividades essas que possuem as mesmas características dos atos, podendo ser elas discricionárias e vinculadas à Lei.

A atividade discricionária exercida pelo servidor público está muito ligada ao poder-dever da Administração de escolher, quando facultado pela legislação vigente, dentre as opções, todas elas devendo ser válidas conforme o ordenamento jurídico, aquela que melhor se adequa ao caso concreto e a finalidade do serviço. Portanto, ela “só se justifica como garantia de concretização das finalidades assinaladas pelo ordenamento jurídico”³⁹

Pode ser concluído da lição que, mesmo havendo discricionariedade na execução de determinadas ações pelo servidor público, elas devem estar alinhadas com a legalidade, esse também é o entendimento de Haroldo Garcia Vitta:

O princípio da eficiência atua visando encontrar a forma mais eficiente de cumprir a lei, e deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público.

Assim, a discricionariedade e a eficiência agem da mesma forma, sendo certo que o conceito de uma se liga ao de outra.

E, nesse sentido, será eficiente a Administração quando cumprir a lei, sobretudo na competência discricionária. A opção que ser a melhor possível, em face do atendimento da finalidade da lei.

Sob este aspecto, o princípio da eficiência pode ser visto como um predicado do princípio da legalidade, isto é, o princípio da eficiência visa ‘embeber’ a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

A bem da verdade, tudo se resolve no cumprimento da lei. Mais uma vez o referido princípio, com o qual nos ocupamos, não serve para dar alicerce jurídico às normas, constitucionais ou legais-mas acabou confirmando a exigência constitucional de uma administração voltada para o dever (jurídico) do bem servir a todos (dever jurídico de boa administração), com o qual o exercício da competência discricionária tem especial relevo.

A melhor opção, no caso concreto, deverá nortear a conduta do administrador.⁴⁰

Vinculado a atividade discricionária do servidor público encontra-se o ponto referente aos conceitos jurídicos indeterminados, conforme lições de Dal Bosco:

Conceito jurídico indeterminado é aquele estabelecido por meio de expressões abertas sem precisão de conotação, que torna impreciso o enquadramento de determinadas situações fáticas ao conteúdo da norma. Nesse caso, não há dúvida sobre o sentido da palavra, mas sobre seu alcance.

³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8. Ed. Ver. Ampl. Atual. São Paulo: Malheiros ed., 2006. P. 232.

⁴⁰ VITTA, Heraldo Garcia. O princípio da eficiência e a discricção administrativa. Revista do instituto de Pesquisa e Estudos, Bauru, n. 36., dez./abr. 2002-2003. Pag. 405-406.

No direito administrativo, muito se discute se o enquadramento de determinado fato a uma determinada norma, constituída por conceito jurídico indeterminado, seria um exercício de discricionariedade ou de interpretação. No primeiro caso, não poderia o Poder Judiciário intervir, podendo, no último, pois a interpretação admitiria apenas uma solução possível. Isso porque o que distinguiria a discricionariedade e a interpretação seria a relevância da vontade do agente aplicador da norma naquela e a ausência de apreciação subjetiva nesta.⁴¹

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados não representam autorização para o exercício da discricionariedade da Administração Pública, vejamos:

Processo:	RMS 24699 DF
Relator(a):	EROS GRAU
Julgamento:	30/11/2004
Órgão Julgador:	Primeira Turma
Publicação:	DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064
Parte(s):	BERNARDO ROSENBERG RODRIGO ALVES CHAVES UNIÃO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n.8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento

⁴¹ DAL BOSCO, Maria Goretti Dal. Responsabilidade do agente público por ato de improbidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag 66.

da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.(grifo nosso)⁴²

Analisando a doutrina e o julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal, pode-se verificar que tanto a discricionariedade quando a interpretação, têm a mesma raiz jurídica, portanto tornando difícil/desnecessário estabelecer a diferença entre os dois conceitos.

Esse também é o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Diante de um conceito indeterminado sempre haverá uma zona de certeza positiva de circunstâncias às quais o conceito se aplica e uma zona de certeza negativa de circunstâncias que certamente não são englobadas pelo conceito, de forma que a discricionariedade fica restrita apenas às circunstâncias que não se enquadram em nenhuma das zonas, nas quais existe dúvida (zona circundante). Nesse sentido, a liberdade de atuação do administrador, somente quando não contida na zona de incerteza, pode sofrer controle pelo Poder Judiciário.⁴³

Com isso, percebe-se que os conceitos jurídicos são, praticamente, idênticos entre atos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, uma vez que o objetivo de ambos é dotar o administrador de poderes para tomar a decisão ótima para o caso concreto. O que gerará para o serviço público um atingimento da sua finalidade com a eficiência.

Fazendo essa análise, pode-se avançar e admitir que o conceito de eficiência, assim como aplicado no direito nacional, está tangenciando o que seria um conceito jurídico indeterminado, uma vez que o dispositivo legal não esclarece o que seria a feição eficiente dos atos públicos, deixando margem para o gestor agir da “melhor” forma na sua busca.

2.2.2 Atividade vinculada

Como pode ser percebido pelo que foi esposado nos capítulos anteriores, há uma verdadeira interseção de conceitos, até entre o princípio da eficiência e a

⁴² Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766532/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-24699-df>. Acessado em 22/03/2016.

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. Ed., 7 tir., São Paulo: Malheiros ED., 2006. P.25

discricionariedade nos atos administrativos. Na busca da melhor definição faz-se salutar citar a lição de Heraldo Garcia Vitta:

De forma que a introdução do princípio da eficiência apenas teria confirmado (embora desnecessariamente) que o agente público, na competência discricionária, deve fazer a escolha que melhor atenda ao interesse público. Assim, uma atividade é inerente à outra; quando uma não existe, a outra também não existirá.⁴⁴

A análise dos ensinamentos do autor conduz ao pensamento se, a Emenda Constitucional ao trazer para o ordenamento jurídico pátrio o princípio da eficiência, não tinha a finalidade de vinculá-lo à atuação discricionária, uma vez que os dois navegam em águas muito próximas. Isso nos guia a pensar que, dado a afinidade entre o princípio da eficiência e o ato administrativo discricionário, a edição da EC tinha a finalidade de atingir, com maior força, os atos administrativos vinculados, mesmo que essa análise possa não ser facilmente encontrada na Doutrina contemporânea.

Bocafoli afirma que:

O poder vinculado é contraposto ao poder discricionário. Todas as etapas e elementos do ato administrativo vinculado são previstos objetivamente em lei, não podendo o agente público agir de forma diferente, ou seja, não há qualquer liberdade de escolha. Em havendo determinado fato previsto em lei, deve a Administração Pública aplicar a consequência jurídica indicada para tal fato. Neste caso, a busca pela melhor solução no caso concreto não parte e nem mesmo incumbe à Administração Pública, pois é matéria já superada na elaboração da lei.⁴⁵

Isso quer dizer que, mesmo que a lei seja ineficiente, contrário ao princípio constitucional esposado, o servidor não tem escolha a não ser aplicar o que ela prevê, ficando vinculado ao princípio da legalidade.

Contudo, essas ações não garantem, por si só, a eficiência na prestação dos serviços públicos. Pode-se perceber isso das diversas reclamações por parte do cidadão da ineficiência na prestação de vários serviços, que se devem, em sua maioria, por ter o servidor que cumprir o regramento estabelecido, tornando moroso todo o processo.

⁴⁴ VITTA, Heraldo Garcia. O princípio da eficiência e a discricionariedade administrativa. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 36, p. 405-407, dez/abr. 2002-2003.

⁴⁵ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 81.

Para Onofre Alves Batista Junior:

Neste sentido, na atividade vinculada, a eficiência seria o dever de melhor adimplemento da finalidade pública através do uso idôneo e correto dos meios fornecidos pela lei. A deficiência no meio de atuação vinculada do agente público pode ser constatada pela utilização errada dos instrumentos dispostos na lei, que acaba por prejudicar os aspectos qualitativo, quantitativo e temporal do ato. Na atividade vinculada, a eficiência se expressaria, portanto, pelo meio de atuação dos agentes, quer dizer, na articulação dos meios disponíveis, na utilização dos instrumentos e no grau de atuação dos agentes públicos.⁴⁶

Esse também é o entendimento que Hely Lopes Meirelles tem sobre o princípio da eficiência, para quem seria o dever imposto a todo agente público consistente em realizar suas funções com presteza, perfeição e rendimento funcional.⁴⁷

O Decreto Federal nº 1.171 de 22 de junho de 1994 prevê o dever funcional do servidor público como sendo:

Seção II

Dos Principais Deveres do Servidor Público

XIV - São deveres fundamentais do servidor público:

- a) desempenhar, a tempo, as atribuições do cargo, função ou emprego público de que seja titular;
 - b) exercer suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, pondo fim ou procurando prioritariamente resolver situações procrastinatórias, principalmente diante de filas ou de qualquer outra espécie de atraso na prestação dos serviços pelo setor em que exerça suas atribuições, com o fim de evitar dano moral ao usuário;
 - c) ser probo, reto, leal e justo, demonstrando toda a integridade do seu caráter, escolhendo sempre, quando estiver diante de duas opções, a melhor e a mais vantajosa para o bem comum;
 - d) jamais retardar qualquer prestação de contas, condição essencial da gestão dos bens, direitos e serviços da coletividade a seu cargo;
 - e) tratar cuidadosamente os usuários dos serviços aperfeiçoando o processo de comunicação e contato com o público;
- [...]

Portanto, pode-se dividir, a partir da leitura dos preceitos legais, a eficiência da atividade vinculada em três esferas: celeridade, quantidade e qualidade.

⁴⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 478.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. P. 108-109

O Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados reconhece a relação existente entre o princípio da eficiência e a celeridade no serviço público, vejamos um deles:

Enfim, o Judiciário não pretende imiscuir-se na atividade precípua do órgão público. A intervenção que se pretende é em nome do princípio da eficiência e da moralidade, porque não se pode admitir que permaneça uma comunidade a aguardar solução, por mais de um ano. O que se espera é que haja uma resposta, uma informação, um reconhecimento, pelo menos. A era da pós-modernidade está a exigir da Administração Pública postura que a identifique com a sociedade à qual serve, superando a grave crise de identidade e de gestão, ambas escondidas no princípio da legalidade, retórico, formal, ocultando, sem dúvida alguma, o intuito de manter-se no status quo. Não se apregoa aqui a quebra do princípio da legalidade. Afinal, é ele a expressão maior do Estado de direito. No entanto, pretende-se proclamar, sim, que o princípio da legalidade não pode ser entendido como submissão absoluta à lei, deixando os Poderes da República a reboque do Legislativo. Neste início de século, a lei e o princípio da legalidade colocam-se em função dos ideais de Justiça. A nova proposta é para que se assente a legalidade, a que se submete a Administração, na dimensão global do ordenamento jurídico, no qual estão consagrados valores constitucionalmente inerentes ao modelo de Estado ali previsto. E, nesse modelo, a transparência, a eficiência e a moralidade transparecem como corolários da legalidade⁴⁸

Para haver celeridade na prestação do serviço público, conforme argumentou a eminente Ministra no julgado retro, o órgão público deve agir com presteza e os atos serem praticados no mais breve espaço de tempo, respeitando o princípio da legalidade, sem necessitar de formalidades exacerbadas, detalhes desnecessários ou repetições infundadas.

Na maioria dos processos administrativos, a falta de celeridade é um óbice a efetividade da obtenção do direito, reclamação recorrente nos órgãos públicos, que são mais incisivos naqueles que tem por finalidade a emissão de outorgas/licenças.

Para haver uma maior celeridade na tramitação desses processos, foi que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe à baila o inciso LXXVII do art. 5º da CF/88, *in verbis*:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴⁸ Resp 983077/SC, Ministra Eliana Calmon, DJ 27/11/2008.

Para Silvio Luis Rocha:

A duração razoável do processo significa que deve ser suficiente para sua conclusão adequada, podendo ser consideradas os critérios utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tais como a complexidade das questões envolvidas, o comportamento das partes e a conduta dos julgadores⁴⁹

Já para analisar o viés quantitativo necessitasse de um menor arcabouço teórico, uma vez que a sua mensuração se dá de forma objetiva, através de critérios previamente definidos.

A produtividade, tida como a quantificação daquilo que se produz, é reconhecida como um dos aspectos da eficiência, esse é o entendimento do STJ, vejamos:

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, verifico que o pagamento da RAV plural seria realizado de acordo com a eficiência da atividade fiscal, cujos critérios seriam estabelecidos por meio de regulamento. Assim, descabida a alegação dos recorrentes de que, nos termos da Lei 7.711/88, o único critério a ser observado no pagamento da RAV seria o cumprimento ou não das metas estabelecidas pela Administração. Desta forma, não há ilegalidade nas regras estipuladas nos Decretos 97.667/89 e 98.967/90 e Portarias 60/89 e 209/89, que previam que a RAV seria paga de acordo com a participação no produto da arrecadação de multas, performance no atingimento das metas e produtividade do corpo funcional. Ademais, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que a fixação de tais critérios faz parte do poder discricionário da Administração, cujo reexame é vedado ao Poder Judiciário.⁵⁰

Contudo, a produtividade não pode, por si só, ser um critério isolado, devendo ser analisado em conjunto com os demais, uma vez que um servidor pode conseguir realizar uma grande quantidade de tarefas sem que elas tenham uma qualidade aceitável, o que comprometeria o seu trabalho.

⁴⁹ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. Interesse Público, v. 8, n. 39, p. 73-80, 2006.

⁵⁰ STJ, Resp. 581.073/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 11.12.2006, p. 409.

A qualidade poderia ser tratado como um fim dos princípios anteriores, uma vez que um serviço pode ser executado em um curto espaço de tempo, em um grande volume, mas se não tiver uma qualidade em sua execução o trabalho será descartado.

Pois bem, a qualidade está bastante alinhada com o princípio da eficiência a afinar o princípio.

Segundo Diogenes Gasparini: “As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados”.⁵¹

3 . RESPONSABILIZAÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR PRESTAÇÕES INEFICIENTES

Nesse capítulo tratar-se-á sobre as possibilidades de responsabilização do servidor público por prestações de serviço ineficientes, desidiosas, que possam causar dano a administração pública, tanto material como gerencialmente, ocasionado transtornos para os gestores e para a sociedade.

Com essa linha de análise, será abordado temas inerentes a prestação do serviço e as formas de responsabilização por ineficiência na execução desses, com isso o capítulo está subdividido em 04 (cinco) grandes temas, qual a finalidade da pena disciplinar; o poder disciplinar como instrumento para o cumprimento do dever de eficiência; quais as formas de controle judicial para aplicação de penas; e, por fim, quais os parâmetros adotados para a tipificação e aplicação da punição ao servidor.

⁵¹ GASPARINI, Diogenes, Direito Administrativo. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 20-21.

3.1 FINALIDADE DA PENA DISCIPLINAR

Conforme foi demonstrado em todo o corpo do trabalho, a sanção é a última *rátio*, é a consequência legal do não cumprimento de alguma regra (formalmente legalizada) estabelecida pela administração ou, ainda, da efetivação de alguma ação que possuía vedação legal. A inserção dessas obrigatoriedades ou proibições, tem o fito de inserir determinados valores, considerados relevantes pelo estado (sociedade) e/ou preservar determinadas ordens, essa também é a análise de Marcello Caetano, se não, vejamos:

Em todos os grupos humanos formados natural ou voluntariamente para a realização de certos fins se torna necessária a observância pelos respectivos participantes das normas de conduta imprescindíveis à coesão e à eficiência do grupo. (...)

Quanto mais preciso e próximo é o objetivo a atingir por um grupo de homens, mais concretas e rigorosas têm de ser as normas que os unem e os guiam. Essas normas formam a disciplina do grupo e a sua inobservância origina a indisciplina.⁵²

Com isso, pode-se inferir que a sanção precede a disciplina, ou seja, para que haja disciplina, a sanção deve existir, como uma forma de coibir tais atos ou ações que estejam em desacordo com o pacto firmado.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a finalidade da pena disciplinar não pode ser analisada sem:

Qualquer associação com a finalidade da própria atividade que se pretende preservar com a sua prescrição. Isso porque a causa final de qualquer ser especifica sua razão de existir, e nas ciências morais ou práticas, que têm por objeto o ser humano e seu comportamento – isto é, princípios que ordenam a conduta humana -, o fim dessas relações cumpre ser considerado, isto é, a causa final no próprio ser.⁵³

⁵² CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10. Ed. 8. Reimp. Coimbra: Livr. Almedina, 2005. V. 1., p. 199.

⁵³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1969. V. 2, p. 214.

3.1.1 Finalidade criminal da pena disciplinar

No código penal, em sua exposição de motivos, a legislação fundamenta a aplicação da pena, conferindo-lhe caráter social-intimidativo e corretivo, com a finalidade de prevenir a práticas de delitos e o alinhamento do indivíduo infrator com os ditames aceitos pela sociedade. Pode-se inferir, com isso, que a disciplinação penal tem uma dupla função, a de prevenção geral de delitos e a prevenção especial, dos códigos de conduta aceitos pela sociedade.

Na análise de Izaias Dantas, a prevenção geral tem a finalidade de: “Intimidar aos demais indivíduos para que, mediante a ameaça da aplicação da pena, não transgridam as regras que lhes impõe Estado.”⁵⁴, já a prevenção especial tem a finalidade de evitar que “o próprio homem que delinuiu volte a cometer novas condutas reprováveis do ponto de vista penal, tendo assim o objetivo de livrar a sociedade do convívio maléfico daquele que pode oferecer riscos à sua segurança”⁵⁵

Cabe consignar ainda que, na pena criminal há a presença também da função ressocializadora, que tem a finalidade de “educar” o indivíduo, alinhando as suas condutas ao trato social vigente, trazendo-o para o convívio social.

3.1.2 Finalidade administrativo-disciplinar da pena

Na seara administrativa, a pena disciplinar, na visão de Marcelo Madureira Prates, tem as seguintes finalidades:

Deixar claro para todos os administrados quais os comportamentos que não são admitidos e obter a colaboração dos administrados no alcance do interesse público⁵⁶

⁵⁴ FREITAS, Izaias Dantas. A finalidade da pena no processo administrativo disciplinar. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 17, n. 8, p. 618-625, ago. 2001.

⁵⁵ Id. Ibid., p. 618-625

⁵⁶ PRATES, Marcelo Madureira. Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia, cit., p. 128-130.

Abstrai-se, da simples leitura da definição do autor que, a pena disciplinar administrativa tentar moldar o servidor às condutas consideradas adequadas pela administração pública, além de conseguir que os mesmos sejam colaborativos com os gestores na consecução dos objetivos estabelecidos pela gestão.

Pode-se perceber que a finalidade da existência e aplicação de penas disciplinares em todos os âmbitos sancionatórios é uma só, manter as relações alinhadas e o servidor executando as funções que lhe forem atribuídas de forma adequada e alinhada com os ditames estabelecidos pelo ente.

Com isso, a pena disciplinar atua de forma a desestimular a prática de condutas desalinhadas com a sociedade, mediante a exemplificação da punição; quando esse desestímulo não é suficiente e a conduta desestimulada é praticada, o afastamento do infrator do convívio social é a última *ratio*, visando a manutenção da ordem sem vícios.

Na análise de Carlos Barros Junior:

O poder disciplinar decorre da necessidade de ordem e equilíbrio nas relações humanas, da necessidade de alcance de uma ordem justa na vida em comunidade; é uma necessidade social, de direito natural, própria do agregado humano.⁵⁷

No âmbito público, a destinação da penalidade é a perfeição do fim que é perseguido pelo Estado, regendo todos os atos dos agentes. “O poder disciplinar tem, portanto, sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público”⁵⁸

Nesse sentido, explica o mesmo autor:

Se uma peça não funciona, o maquinário se ressentido, retardando seus movimentos e diminuindo seu rendimento. Assim, o maquinário deve ser reparado por meio da tentativa de reintegrar o agente na pluralidade da função, por meio de sanções medicinais que corrigem e estimulem, na esperança da emenda. Se não for possível a emenda por incapacidade ou inadaptabilidade de força, aí sim deve-se expulsá-lo.⁵⁹

⁵⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Do poder disciplinar na administração pública. 1969. Tese (Cátedra de Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969. P. 6 e 62.

⁵⁸ CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10. Ed. 8. Reimp. Coimbra: Livr. Almedina, 2005. V. 1., p. 210

⁵⁹ CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10. Ed. 8. Reimp. Coimbra: Livr. Almedina, 2005. V. 1. p 212

Se a disciplinação, bem como, por consequência, a aplicação da sanção visa a regularidade e a continuidade do aperfeiçoamento da atividade administrativa, pode ser considerado um instrumento importantíssimo para o alcance da eficiência, devendo sempre se buscar o caráter educativo da aplicação da pena e não meramente o caráter punitivo da mesma.

3.2 PODER DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO PARA SE ALCANÇAR A EFICIÊNCIA

Há um entendimento majoritário na doutrina que a aplicação da pena disciplinar dirigida aos servidores visa o aperfeiçoamento progressivo e a continuidade da prestação dos serviços públicos.

Com isso, infere-se que a finalidade do poder disciplinar no serviço público tem uma estreita ligação com a eficiência da atuação administrativa, uma vez que, com a aplicação, evita-se a prática de comportamentos individuais que estejam em dissonância com os princípios estabelecidos pela administração pública. Para Marcelo Caetano:

Através da acção imediata sobre os agentes, a aplicação das penas disciplinares tem por fim defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-o fiel aos seus fins.⁶⁰

Sabe-se que os limites impostos pela estrutura estatal e a ineficiência na organização e coordenação, como demonstrado no capítulo anterior, contêm óbices a apresentação de novidades que possibilitem um melhor desempenho administrativo ou que visem solucionar problemas detectados. O poder disciplinar não pode agir nesse mesmo condão, Onofre Alves Batista Júnior, resume tal entendimento da seguinte maneira:

Verificamos também que o comportamento que, em nome da eficiência, buscar superar as barreiras referenciais hierárquicas e das normas internas no caso concreto, pode esbarrar em dificuldades de todas as ordens. A busca da eficiência, muitas vezes pode mesmo ser um convite para repercussões negativas para ao agente, e o resultado pode ser a generalização de um

⁶⁰ CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 10. Ed. 8. Reimp. Coimbra: Livr. Almedina, 2005. V. 1. P. 819

comportamento mediano, resignado, de baixo perfil, no qual o mais prudente talvez seja não ousar, esconder-se por trás das normas internas e diretrizes, ou até não fazer nada. Enfim, o modelo de Ap conspira mesmo contra o PE, em detrimento da sociedade⁶¹

Infere-se que, a disciplina, ou melhor, o poder disciplinar é um dos alicerces da eficiência na Administração Pública, sem ela a busca pelo princípio seria pouco produtivo e, por vezes, inócuo. Contudo, a aplicação das penas disciplinares não podem ser fatores de inibição a práticas que tenham intuito positivo e que busquem melhorar a prestação dos serviços, pois, se não, estaria atuando justamente contra o objetivo que almeja e os valores que busca proteger.

O afastamento dos servidores de comportamento viciado da administração pública é a finalidade das penas de demissão, que devem ser manejadas contra comportamentos graves e que maculem a administração pública, comportamentos esses que não sejam compatíveis com a prestação dos serviços públicos e que demonstrem vícios de personalidade que não possuem brecha para a correção.

Nesse sentido leciona Bocaffoli:

Neste caso, a pena visa não o castigo, mas a limpeza da organização, que é meio de contribuir ao seu bom funcionamento. Protege-se a Administração Pública, recompondo sua ordem, impedindo, ainda, eventual desprestígio de sua imagem, caso nenhuma providência fosse tomada com relação ao infrator.⁶²

Contudo, a visão da perpetuabilidade da pena disciplinar de demissão, pode ser questionada, essa é a visão de Izaias Dantas Freitas:

As penalidades repressivas deverão ser destinadas apenas para aqueles servidores totalmente desqualificados para atuar em alguma função pública, sendo importante, contudo, que haja uma reavaliação daquelas penas que vedam em definitivo o reingresso de servidores no funcionalismo público, no sentido de lhes permitir o acesso a cargos de natureza inferior, matida a impossibilidade de acesso para cargos de direção⁶³

Com isso, pode-se concluir que, no caso de possibilidade de retorno do servidor aos quadros do serviço público, a pena de demissão seria considerada como tendo forma educativa, isto é, teve função de estimular os servidores que permaneceram nos quadros, uma vez que viram a punição ser aplicada, quanto para

⁶¹ BATISTA, Junior Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Pag. 579

⁶² BOCAFFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 97

⁶³ FREITAS, Izaias Dantas. A finalidade da pena no processo administrativo disciplinar. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, ano 17, n. 8, p. 618-625, ago. 2001

o próprio infrator, que foi retirado dos quadros, se reabilitou e novamente ingressou no serviço público, obviamente que esse novo ingresso deve ser feito por novo certame público.

Amplamente o sentido da pena disciplinar não é só caracterizado pelo caráter sancionatório dessa, mas abrange o caráter preventivo, esse é o entendimento de Jose Armando Costa:

Desnecessário fundamentar que o ideal para a ordem disciplinar é que a sanção funcione predominantemente no seu sentido preventivo, pois esta é a forma mais eficiente e conveniente de se preservar a normalidade do Serviço Público. No seu atuar repressivo, a sanção, por mais criteriosa e judiciosa que seja a sua imposição, sempre deixa resquícios negativos em detrimento da repartição. O prevenir sempre esteve, sob todos os ângulos, em nível bem superior ao reprimir, remediar⁶⁴

Com isso percebe-se que a pena disciplinar sempre deve primar pela prevenção na prática do ato delitivo, e nunca buscar somente a repressão do mesmo, uma vez que evitar o cometimento do ato é um dos pontos basilares da sanção.

3.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA POR INEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Atualmente encontra-se vigente a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os servidores civis federais, englobando os deveres e proibições funcionais, que constituem o regime disciplinar do funcionário público.

Mesmo que todos os deveres e proibições estejam estabelecidos na Lei mencionada visem a garantir o bom andamento do serviço, o diploma legal não prevê de forma explícita a demissão do servidor efetivo ou estável comprovadamente ineficiente.

No texto legal, a forma de comportamento que mais se assemelha é a desídia, vejamos:

⁶⁴ COSTA, José Armando da. Teoria e prática do direito disciplinar. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 242.

Capítulo II Das Proibições

Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

Mesmo que a forma da previsão do diploma legal não esteja alinhado com a eficiência, conforme pode ser percebido, ao caracterizar a ação desidiosa, que em uma interpretação livre seria uma forma relaxada, sem atenção de executar as tarefas. Não há nenhuma previsão na possibilidade de demissão do servidor por práticas desidiosas no exercício das suas funções.

Entretanto, a caracterização da desídia seria contrário a previsão contida no artigo 116, I, que prevê o que segue:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

O dever de zelo, segundo Bocafoli:

Nada mais é que o dever de diligencia ou o dever de aplicação que coincidem com o escrúpulo no cumprimento dos deveres, atenção no exercício das funções, cuidado especial ao resolver inúmeros problemas, tratar do exercício de suas funções como se tratasse de seus próprios negócios, com a atenção do clássico bônus paterfamilias.⁶⁵

Pode-se afinar a compreensão do tema, e delinear mais a definição da desídia como sendo a preguiça, má vontade e indolência na prestação dos serviços, compreendendo uma falta de diligência no cumprimento das atribuições, portanto, sendo necessário o elemento da culpabilidade da conduta.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado o instituto pode ser resumido da seguinte forma:

Trata-se do tipo jurídico que remete à ideia de trabalhador negligente, relapso, culposamente improdutivo. A desídia é a desatenção reiterada, desinteresse contínuo, o desleixo contumaz com as obrigações contratuais. Para autorizar a resolução culposa do contrato, exige, assim, regra geral, a evidenciação de um comportamento repetido e habitual do trabalhador, uma vez que as manifestações da negligência tendem a não ser tao graves, caso isoladamente consideradas. Neste quadro, a conduta desidiosa deve merecer exercício pedagógico do poder disciplinar pelo empregador com gradação de penalidade, em busca da adequada ressocialização do obreiro. Mostrando-se ineficaz essa tentativa de recuperação, a última falta implicara na resolução culposa do contrato de trabalho.

⁶⁵ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 110

É claro que pode existir conduta desidiosa que se concentre em um [único ato, excepcionalmente grave. Embora não se trate da regra geral, se isso ocorrer, não há que se falar em gradação de penalidades.⁶⁶

3.4 FORMAS DE CONTROLE JUDICIAL DA APLICAÇÃO DE PENAS DISCIPLINARES

Inicialmente, o controle judicial sobre a atividade administrativa estava restrita à legalidade do ato praticado, analisando, tão somente, competência, forma e licitude do objeto, sob pena de extrapolar o limite da interação entre os poderes, com isso, violando a Separação dos Poderes consagra na Carta Magna em seu artigo segundo, *in verbis*:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Bocafoli ao analisar o tema tece os seguintes comentários:

Não tardou, entretanto, para se perceber que tal controle era insuficiente para conter os abusos do Estado e se reconhecer que a análise de outros aspectos, além de essencial para a preservação do ordenamento jurídico como um todo, nada mais fazia do que contribuir para a preservação e consolidação do próprio princípio da Separação de Poderes.

Há, entretanto, no ato administrativo discricionário, uma margem de escolha afeta exclusivamente à Administração Pública, na qual incide a discricionariedade, que é denominada mérito. A doutrina o caracteriza como a oportunidade e a conveniência do ato. É a “parte” do ato na qual apenas o administrador, em contato com o caso concreto e com a realidade, possui o discernimento necessário para avaliar qual a melhor solução para a situação apresentada. Tradicionalmente, no mérito do ato administrativo não caberia ingerência do Poder Judiciário, ou seja, estaria afastado o controle judicial, porque sobre ele há plena discricionariedade.⁶⁷

Atualmente ainda há a prevalência do entendimento de que a análise realizada pelo poder judiciário continua restrito aos limites da legalidade do ato. Contudo, a legalidade hoje é entendida de forma mais ampla, conforme podemos visualizar no julgado do RESP 144.750-SP, DJ 25.9.2000, p. 68, realizado pelo Ministro Francisco Galvão, *in verbis*:

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1196-1197.

⁶⁷ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010.P. 119

RECURSO ESPECIAL Nº 144.750 - SAO PAULO (1997/0058245-0) VOTO O EXMO. SR MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): Trata-se de licitação do tipo concorrência, promovida pela recorrente para os serviços de rede externa, em construção de galerias de dutos e caixas subterrâneas, e demais serviços correlatos a serem executados na área de concessão da TELESP. Com este intento foi publicado edital de pré-qualificação, o qual em seu item 3.1.4.3, dispunha, verbis: "Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação será feita mediante apresentação de atestados técnicos emitidos por concessionárias de serviços públicos no Brasil, em nome da empresa LICITANTE, de serviços de construção de canalizações subterrâneas, com dutos de diâmetro mínimo de 100 mm, envolvendo redistribuição, sustentação e arrumação de cabos ativados em caixas subterrâneas existentes ou novas, em um período de 12 (doze) meses consecutivos, devidamente certificados pela entidade profissional competente, por qualquer forma de certificação." (grifei) O dispositivo legal atinente à qualificação técnica e tido como violado (art. 30, § 1º, I, da Lei 8.666/90), assim está plasmado, ad litteram: "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á: /-

..... II-
 III-
 IV-
 §1ºA

comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registradas nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; II - vetado: a) vetado. b) vetado. c) vetado." O cerne da controvérsia reside na legalidade ou não da exigência relativa à comprovação de capacitação técnica da empresa licitante, e, não somente, do profissional técnico responsável. Entendo que a Legislação acima citada não veda a exigibilidade editalícia no sentido de buscar a comprovação técnica da empresa licitante. Documento: IT300363 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 25/09/2000 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa. No circunlóquio desta acepção, tenho que a supressão do inciso II, do §1º, do dispositivo em análise, não retirou da norma a previsão da comprovação da capacidade técnica-operacional da empresa licitante. Neste diapasão, transcrevo trecho da obra de Wálteno Marques da Silva, in procedimentos para licitar, ed. Consulex, 1ª edição, pg. 104/105, verbis: "É inegável que à época da elaboração da Lei nº 8.666/93 houve a retirada do tópico em que estava prevista a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional dos candidatos (art. 30, §1º, inciso II), levando a supor que com isso se pretendeu extirpar de todos os certames administrativos dito item qualificativo. Nada mais falso, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário. A realidade é que apesar da supressão do inciso legal acima epigrafada,

vários dispositivos da mesma Lei nº 8.666/93 continuaram a prever a comprovação por parte da empresa, de sua capacidade técnico-operacional. Assim, deparamos com os arts. 30, inciso II, 30 § 3º, §6º, §10 e 33, inciso III, do Diploma Legal já referenciado, onde permanecem exigências de demonstração de aptidão da própria empresa concorrente - e não de profissional existente em seu quadro funcional -, inclusive mediante a apresentação de atestados, certidões e outros documentos idôneos. Ora, se a intenção final fosse realmente a de afastar por completo a exigência e comprovação da propalada capacidade técnico-operacional da empresa interessada, não haveria o porque de se manter em voga outros dispositivos que prevêm exatamente esse tipo de demonstração. Destarte, e até porque as disposições legais não devem ser isoladamente analisadas, sob pena de se incorrer em interpretação final equivocada, bem se vê que o requisito provocador de toda a cizânia (capacidade técnico-operacional da empresa) permanece pulsante apesar do veto ao inciso II do § 1º do art. 30. Até porque referida demonstração de capacidade técnico-operacional é mesmo de suma importância, pois pouca valia terá a concorrente possuir em seu quadro de pessoal permanente um profissional nos moldes discriminados no art. 30, §1º, inciso I, se ela mesma, empresa, não tiver capacidade operacional para desenvolver os trabalhos que a Administração Pública busca executar. A corroborar todo o entendimento acima abraçado encontramos novamente lição do I. Hely Lopes Meirelles, o qual preleciona o seguinte: "a comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível não obstante o veto apostado à letra "b" do §1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência e a sua retirada do Documento: IT300363 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 25/09/2000 Página 2 de 3 Superior Tribunal de Justiça texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação" (in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 19a ed. p. 270.)" Esta Corte, analisando a matéria, (REsp 172.232/SP), já proferiu entendimento no sentido de que: não se comete a violação em debate, quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, verbis: "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. /. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente. 2. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aqui objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe" (Adilson Dallari). 3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus. 4. Recurso especial improvido". (REsp 172.232/SP, Relator Ministro José Delgado, D.J.U 21.09.1998, pág. 89.) Ainda sobre o assunto, destaco excerto de artigo de Carlos Ari Sunfeld, o qual, analisando os aspectos pertinentes à qualificação técnica das empresas, assim se pronunciou: " A simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializado, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe, etc. Dai a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de

modo eficaz: trata-se, aqui, da dita "capacidade tecno-operacional (ou operativa)", verificável pelos desempenhos anteriores da empresa. " Por fim, Adilson Abreu Dallari, in aspectos jurídicos da Licitação, 4 a ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 120, arremata: "Cabe aqui apenas lembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento da efetiva e integral execução do contrato. Nada existe de inconstitucional ou de despropositado na exigência de comprovação de capacitação tecno-operacional para empresas executantes de obras públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico " Tais as razões expendidas, demonstrada a violação do dispositivo em foco, DOU provimento ao presente recurso especial: É como voto.⁶⁸

Pois bem, da leitura do voto do emitente ministro, pode-se perceber que a sua análise guia ao entendimento de que a dimensão principiológica, conferida pelo ordenamento jurídico, autoriza um exame qualificado da decisão administrativa, isso quer dizer que, não cabe ao judiciário a análise meramente formal da legalidade do ato, mas a sua fundamentação e a sua motivação.

Continuando a tecer comentários sobre o tema, Bocafoli explica que:

A introdução de diversos princípios no texto constitucional acabou por fornecer novos parâmetros para a atuação administrativa, sujeitando o ato administrativo ao controle de legalidade e controle de juridicidade stricto sensu; este seria o exame da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios. Integrariam o exercício da discricionariedade, ainda, os parâmetros não positivados, que é o que sobraria após a observância de todos os parâmetros legais e principiológicos. Tais parâmetros não positivados, para ela, formam o mérito do ato administrativo e são insuscetíveis de controle judicial, pois consistem em considerações de ordem extrajudicial.⁶⁹

Com isso, pode-se inferir que o controle judicial é exercido de duas formas, primeiro no âmbito da legalidade, que visa analisar a conformidade do ato praticado à norma, e segundo no âmbito da juridicidade, que iniciasse quando cessa a análise da legalidade, em sentido estrito, e passasse a analisar a compatibilidade do ato aos princípios.

Pois bem, pode-se considerar a interferência dos princípios constitucionais na administração pública, uma vez que seus atos podem ser analisados sobre a ótica de compatibilidade com os mesmos. Pois bem, sobre esse prisma, infere-se que o princípio da eficiência, em seu cerne, pode ser considerado como equivalente de boa

⁶⁸ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+144750&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>, acessado em: 14/09/2016 as 13:40

⁶⁹ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010.P. 120

administração, mesmo que o seu conteúdo, ou a sua descrição parametrizada, não tenha sido positivada.

Ainda seguindo a argumentação de Bocafoli, temos:

É fácil notar que o princípio da eficiência possui dois aspectos: sua fixação como princípio e ausência de conteúdo definido. É certo que, como já observamos, o segundo aspecto não inviabiliza o primeiro, pois todo conceito se extrai um conteúdo mínimo, e não é diferente com a eficiência.⁷⁰

Portanto, a partir da análise do autor, chega-se ao seguinte ponto, mesmo que o conceito acerca da eficiência seja aberto, comportando vários significados, compreende um sentido mínimo, o qual pode ser compreendido a partir do caso concreto ou da extração de parâmetros realizados do ordenamento jurídico vigente.

Com isso resta dizer que, apesar do conceito de eficiência não estar claramente positivado no ordenamento jurídico pátrio, nada impede a sua aplicação, uma vez que as Leis existentes têm como pano de fundo a sua aplicação, usando-o como parâmetro para a sua construção.

Nesse ponto cabe consignar que, apesar do Poder judiciário poder analisar a legalidade e a compatibilidade dos atos realizados pelos agentes públicos, não cabe a esse inferir na parte discricionária dos atos, que seria a opção feita pelo administrador, sobre o tema citamos novamente Bocafoli:

Nesse sentido, é vedado o controle pelo Poder Judiciário, isto é, é vedada a anulação da opção feita pelo administrador, quando ela se encontrar na zona de dúvida, isto é, nas hipóteses em que perante a situação concreta, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontroversa qual é a conduta eficiente e qual é a ineficiente. E quando isso se der, incabível o controle judiciário.

Sobre o mesmo tema, o eminente doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, tece os seguintes comentários:

Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombradamente das vias mencionadas.

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que

⁷⁰ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010.P. 120

se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2 da Lei Maior.⁷¹

Pois bem, as palavras do célebre doutrinador elucidam a situação e limitam a atuação do Judiciário a analisar tão somente a legalidade e a adequação aos princípios, cabendo ao gestor a opção pela ação que julgar mais adequada, sem que aquele possa intervir nessa decisão.

Cabe consignar ainda que, em várias situações não se tem como precisar qual seria a melhor ação a ser tomada, isto é, qual seria a ação mais eficiente, é exatamente nesse óbice que reside a real discricionariedade a qual é inviolável pelo Poder Judiciário.

Onofre Alves Batista Junior leciona que:

O poder judiciário somente pode exercer o controle negativo sobre o ato, não pode substituir o ato administrativo (sobrepôr sua avaliação subjetiva à avaliação do administrado público), mas apenas dizer que a melhor solução, incontrovertidamente, notoriamente, patentemente, objetivamente (com base em critérios substanciais, referenciais objetivados) não foi adotada, e deve emitir um juízo objetivo de como o administrador não deve agir, porque não se pode admitir que o juiz substitua os seus critérios subjetivos pelos do administrador.⁷²

Vale ressaltar que, por vezes, a ação que aparenta ser a mais eficiente para quem a analisa de “fora”, nem sempre aparece como “óbvia” para aquele que conhece a realidade. É com base nesse óbice que o controle dos atos administrativos não pode se dar quando não se conseguir representar com fidelidade a complexa realidade, a fim de evitar desvirtuamento da sua finalidade.

Para Batista Junior quando o processo compreender conceitos e avaliações técnicas:

Haverá de ser reproduzido o processo lógico feito pela Administração Pública, dentro do contexto vivenciado no momento da decisão administrativa, para se analisar os resultados obtidos, com base no critério das zonas de certeza, sendo necessário, para tanto, o recurso a peritos e assistentes técnicos.⁷³

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que não se pode considerar no controle do ato administrativo, sobretudo no tocante à eficiência, o resultado obtido.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. Ver. E atual. Até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. P. 982.

⁷² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 513

⁷³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 522

Quer dizer que, não cabe a análise da eficiência do ato após os resultados já terem sido consolidados, isso é, não se poderá reprovar a escolha que se revelar inadequada posteriormente, após o conhecimento das suas consequências. Seria demasiadamente cômoda a crítica a posteriori do ato.

Quando for se realizar a análise do ato, deve-se tomar como parâmetro, tão somente, as informações que o servidor possuía no momento da escolha, a fim de não viciar essa análise e punir o servidor sem justificativa plausível.

3.4.1 Possibilidade de controle judicial sobre aplicação de pena administrativa

A discricionariedade do ato administrativo ganha especial relevo no tocante ao poder disciplinar do gestor, já que é aí que se encontram suas duas principais etapas: na subsunção do fato à norma e na aplicação da pena adequada.

Nesse ponto, merece ser destacado as lições de Fabio Medina Osório:

No sentido de que o desconhecimento ou o esquecimento do regime jurídico e da natureza das sanções administrativas pode acabar “gerando precedentes jurisprudenciais perigosos” e projetando o enfraquecimento do próprio Estado, através do descrédito de seus institutos. E isso se aplica, evidentemente, à preservação da discricionariedade administrativa, pelo Poder Judiciário, no âmbito disciplinar.⁷⁴

Portanto, no que se refere à aplicação de penas disciplinares, o controle jurisdicional só pode se dar sobre: a incompetência da autoridade; inobservância das formalidades essenciais; ilegalidade da sanção aplicada e a inexistência de causa legítima que autorize a imposição da pena, esse é o entendimento de Fabio Medina:

O funcionário apenado disciplinarmente, que não se conforme com a sanção disciplinar, pode buscar, no Poder Judiciário, uma solução para a sua situação. Ao poder Judiciário não caberá modificar a penalidade, substituindo-a por outra, mesmo mais branda. Como focalizado, a escolha da pena aplicável se encerra no poder discricionário que detém o Administrador que exerce o poder disciplinar. E o mérito dessa escolha não pode ser atacado, ou melhor, não pode ser examinado pelo Poder Judiciário. Este só pode verificar se a pena está dentre aquelas relacionadas na lei ou regulamento disciplinar a que se sujeite o faltoso. Poderá verificar, também se invocado, o cerceamento ao direito de defesa, em qualquer de seus

⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo sancionador. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P. 38.

matizes, como também se a motivação da sanção corresponde à realidade fática, verificando, ainda, a existência de qualquer outro vício insanável a ensejar a nulidade do ato administrativo punitivo.⁷⁵

Esse também é a lição do Ilustre doutrinador Miguel Seabra Fagundes, por muitos considerado o pai do controle judicial dos atos públicos, vejamos:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.⁷⁶

A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram as prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, a finalidade, e a forma.⁷⁷

Nessa possibilidade de revisão do ato pelo Poder Judiciário, está inserido, também, a possibilidade de analisar o respeito ao devido processo legal, por esse princípio, de vertente bastante ampla, pode-se analisar diversos fundamentos, quais sejam: a arbitrariedade, a injustiça, a irrazoabilidade, além de diversas outras atitudes punitivas.

Restringir a análise judicial apenas a legalidade estrita, resultaria, por vezes, na quebra da segurança jurídica e da certeza do direito, uma vez que seria possível a aplicação de penalidades sem o escopo nas provas angariadas nos autos do processo administrativo, de forma totalmente arbitrária.

Esse também foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS 21.297/DF, “Deve-se verificar se houve subsunção do fato à norma e correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o ato praticado, além do fim que deveria ser perseguido pela norma”⁷⁸. Contudo, o entendimento de Miguel Seabra Fagundes destoa do entendimento esposado pelo STF, ao afirmar que “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade”.⁷⁹

⁷⁵ Id Ibid. P. 205.

⁷⁶ FAGUNDES, Miguel seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180.

⁷⁷ Id Ibid, p. 182.

⁷⁸ MS 1.297/DF, Ministro Marco Aurélio, DJ 25/02/1992, p. 2170

⁷⁹ FAGUNDES, Miguel seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

Sobre o tema Fabio Medina arremata: “As decisões administrativas também devem corresponder ao princípio da congruência, devem aquilatar, acolhendo ou rejeitando, as teses fundamentaria das partes, sob pena de arbitrariedade.”⁸⁰

Dentre dentro do controle judicial, também pode ser analisado os aspectos da proporcionalidade, tanto na adequação típica das condutas às descrições das normas, como na atenuação dos rigores sancionatórios, Fabio Medina assim leciona: “O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido”⁸¹.

Mesmo reconhecendo que os princípios são próximos, Fabio Medina explica a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade:

O primeiro tem origem germânica e se liga mais com o princípio do Estado de Direito, enquanto o segundo tem origem na Common Law e conecta-se à ideia do devido processo legal substancial, acima mencionada, tratando-se, ainda, de critério de interpretação com base em categorias padronizadas como o comportamento do homem médio ou a noção do bom administrador público.⁸²

Já para Humberto Ávila, os institutos podem ser assim diferenciados:

Com efeito, o exame da razoabilidade-equivalência investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação. O exame de proporcionalidade investiga a relação entre medida adotada, a finalidade a ser atingida e o grau de restrição causado nos direitos fundamentais atingidos. O exame da proibição do excesso analisa a existência de invasão no núcleo essencial de um princípio fundamental.⁸³

Tais princípios refletem a necessidade da Administração Pública ter a necessidade de atuar de forma menos lesiva possível na aplicação da pena, pautando as suas ações na proporcionalidade e razoabilidade.

⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo sancionador*. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P. 536.

⁸¹ Id *Ibid.* p. 249

⁸² OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo sancionador*. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 220-221

⁸³ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004.

3.5 PARÂMETROS ADOTADOS PARA A TIPIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO AO SERVIDOR POR PRESTAÇÃO INEFICIENTE

Pode-se inferir que não há escassez de normas positivadas que tratem da quebra do vínculo profissional do servidor público com o Estado no caso de comportamentos ineficientes.

A Carta Magna prevê duas possibilidades de rompimento do vínculo laboral, a primeira pelo estágio probatório e a segunda por avaliação periódica de desempenho. No primeiro ao não atender aos critérios objetivos estabelecidos pela Lei durante o período probatório, o servidor pode ser desligado dos quadros funcionais, no segundo o servidor pode ser demitido por não atingir os padrões mínimos exigidos nas avaliações periódicas de desempenho, conforme previsão legal, caracterizando, efetivamente, falta de eficiência na prestação dos serviços.

Bocafoli analisa o tema:

A diferença entre essas duas situações é que, no estágio probatório, o funcionário deve receber acompanhamento e orientações de perto, podendo haver, inclusive, maior tolerância com relação a alguns erros, sendo certo que a própria Administração Pública possui um dever mais concentrado no sentido de fornecer o acompanhamento e as orientações, possibilitando ao funcionário a segurança e a certeza de saber qual é o caminho e as condutas que são esperadas pela Administração Pública. Com relação ao segundo, o que se visa evitar é justamente a acomodação do funcionário pela aquisição da estabilidade e a manutenção de sua preocupação com as atividades que estão sendo desenvolvidas, evitando-se, assim, o comportamento ineficiente.⁸⁴

Vale consignar que, a demissão do servidor público realizada por meio da avaliação de desempenho pode ensejar em uma extensão de suas consequências, uma vez que o gestor pode afetar o gestor que inseriu ou manteve o servidor ineficiente no exercício das funções. A avaliação de desempenho, nada mais é do que, a oportunidade para se avaliar a contribuição o servidor para o bom desenvolvimento das funções, comparando as suas ações com os dos seus pares.

Ao analisar a conduta ineficiente, alguns pontos merecem ser destacados, conforme leciona Fabio Medina:

⁸⁴ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 128.

Em primeiro lugar, as condutas não podem ser individualmente analisadas, devendo ter sempre como foco a amplitude do contexto em que a atividade se desenvolve, focando o olhar para as instituições. Assim, a apuração da conduta indevida deve relacionar e analisar detalhadamente se, quando da realização do comportamento do infrator, o funcionário tinha à sua disposição todos os instrumentos que o Estado deve oferecer para a condução de uma atividade eficiente. No caso de deficiência no fornecimento de algum desses instrumentos, deve-se analisar a relação e o impacto que tal deficiência acarretou no comportamento analisado.⁸⁵

Deve-se ainda, considerar os pares na análise, se os mesmos exercem as mesmas funções, se estão na mesma situação funcional, qual seria o comportamento esperado do homem médio, dentre outros critérios.

Conforme foi demonstrado, no exercício das atribuições discricionárias, a atuação do agente público deve ser analisada pelas escolhas que ele tomou, levando-se em consideração as informações que o mesmo possuía no momento da escolha e não o resultado obtido da ação.

Já nas atividades vinculadas, a ineficiência poderá ser observada quando houver deficiência de produtividade, celeridade ou qualidade na prestação dos serviços públicos. Ressalvando-se os fatores que podem influenciar na atuação do servidor e induzi-lo a práticas ineficientes.

Em geral, para se constatar a ineficiência tem-se que observar reiteradamente a conduta, “ainda que não seja sempre a mesma, revelando o desleixo contumaz. No entanto, excepcionalmente, poderá decorrer de uma [única conduta, dependendo da situação que se apresente, revelando o descuido momentâneo”.⁸⁶

Esse entendimento também é exposto pelo Tribunal de Contas da União ao analisar o Processo TC 147/95-6:

O ato praticado deve ser analisado no contexto da atuação global do funcionário que, a despeito de um ato ineficiente, pode ter exercido suas funções sempre de forma eficiente, angariando resultados positivos para a Administração Pública. Deve-se, portanto, equilibrar as atuações positivas e negativas, devendo a pena ser aplicada tao somente quando a balança pesar para o lado negativo ou, pelo menos, se equilibrar. A previsão da ineficiência como ilícito administrativo não constitui um fim em si mesmo, mas pretende apenas destacar um valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico, permitindo a proteção de um bem considerado importante, o regular e eficiente andamento das atividades administrativas. Não se pode esperar,

⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo sancionador. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P .55.

⁸⁶ STJ, MS nº 10.220/DF, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 13/08/2007

entretanto, que o administrador público possa ser um otimizador sistemático de decisões.⁸⁷

Ressalte-se que, o esperado do servidor público é o comportamento do homem médio, ou seja, deve-se tomar como parâmetro a conduta do administrador médio, para quaisquer procedimentos investigatórios.

Fabio Medina ainda cita que:

Há de ser considerada, ainda, a margem de falibilidade funcional, consistente no “erro profissional”, isto é “erro juridicamente tolerável”. Além disso, deve-se analisar o grau da falha apontada e bem assim sua repercussão nos valores jurídico-administrativos, inclusive para aquilatar o tipo e o tamanho da resposta a ser dada.⁸⁸

Cabe consignar ainda que, a tipificação do ilícito para ser realizada, é imprescindível que esteja presente o elemento objetivo da culpa. Assim, resta dizer que, tanto na atividade discricionária, quanto na vinculada, a ineficiência passível de punição deve ser aquela que decorreu da imprudência, negligência e imperícia.

Pedro de Sousa Macedo, leciona na mesma linha, vejamos:

Há dificuldade em se precisar sem subjetividade o cumprimento dos deveres de zelo, presteza e dedicação, isto é, a culpa em si, na medida em que falta um padrão objetivo, havendo apenas “um apelo à consideração do esforço possível ao trabalhador em concreto na execução das funções do seu posto de trabalho”, de sorte que o parâmetro a ser utilizado deverá observar as qualidades, a experiência, a idade, a formação profissional do trabalhador e as exigências da função a ele confiada, etc.⁸⁹

Na aplicação da pena deve-se observar alguns parâmetros, quais sejam:

Inicialmente deve-se analisar a conduta, se a mesma é praticada individualmente pelo servidor ou é executada por todos os seus pares, uma vez que se a conduta é generalizada na organização isso pode denotar um erro gerencial, ou seja, a responsabilidade pela conduta desabonada é do gestor, esse é o entendimento de Fabio Medina Osório:

Em primeiro lugar, as condutas não podem ser individualmente analisadas, devendo ter sempre como foco a amplitude do contexto em que a atividade se desenvolve, focando o olhar para as instituições. Assim, a apuração da conduta indevida deve relacionar e analisar detalhadamente se, quando da realização do comportamento do infrator, o funcionário tinha à sua disposição todos os instrumentos que o Estado deve oferecer para a condução de uma atividade eficiente. No caso de deficiência no fornecimento de algum desses

⁸⁷ Decisão do Tribunal de Contas da União, Processo n. TC 147/95-6, extraída da Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 213, p. 281-381, jul/set. 1998.

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo sancionador. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P 271.

⁸⁹ MACEDO, Pedro de Sousa. Poder disciplinar patronal. Coimbra: Licr. Almedina, 1990. P. 92.

instrumentos, deve-se analisar a relação e o impacto que tal deficiência acarretou no comportamento analisado⁹⁰

Cabe ressaltar ainda que, na atuação discricionária, naquela em que a legislação faculta o poder de escolha ao servidor, a atuação ineficiente desse só pode ser verificada pela análise da escolha que foi realizada, tendo-se o cuidado de levar em consideração, tão somente, as informações as quais este dispunha no momento da escolha.

Esse também deve ser o posicionamento do Julgador na eventual análise jurisdicional da eficiência do ato administrativo praticado, ou seja, a análise do Judiciário tem de se restringir ao caso concreto e analisar se, à época da escolha, as informações que o servidor dispunha poderiam conduzi-lo a tomar outra decisão que fosse mais benéfica para a administração e não analisar o resultado do ato.

Já na atividade vinculada, a análise da eficiência deverá ser realizada nos prismas da produtividade, qualidade e celeridade, em todos os casos, devendo-se mensurar os fatores que poderiam intervir na decisão do servidor, tais como: ausência de instrumentos necessários; comportamento e situação dos pares, com o intuito de se fazer ampla e justa da situação.

Sobre o tema o STJ no julgado do MS nº 10.220/DF afirmou que “geralmente, a ineficiência será constatada mediante a conduta reiterada”⁹¹, mesmo que a conduta não seja a mesma, mas que revele comumente um desleixo no exercício das funções. Contudo, cabe consignar que, eventualmente, a conduta ineficiente poderá decorrer de um único ato, dependendo da situação, revelando um descuido isolado.

O Tribunal de Contas da União, no julgamento do Processo n. TC 147/95-6 se posicionou da seguinte forma:

O ato praticado deve ser analisado no contexto da atuação global do funcionário que, a despeito de um ato ineficiente, pode ter exercido suas funções sempre de forma eficiente, angariando resultados positivos para a Administração Pública. Deve-se, portanto, equilibrar as atuações positivas e negativas, devendo a pena ser aplicada tão somente quando a balança pesar para o lado negativo ou, pelo menos, se equilibrar.

[...]

A previsão da ineficiência como ilícito administrativo não constitui um fim em si mesmo, mas pretende apenas destacar um valor a ser protegido pelo

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo sancionador. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P. 55

⁹¹ STJ, MS nº 10.220/DF, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 13.8.2007.

ordenamento jurídico, permitindo a proteção de um bem considerado importante, o regular e eficiente andamento das atividades administrativas. Não se pode esperar, entretanto, que o administrador público possa ser um otimizador sistemático de decisões.⁹²

Vale a grande máxima para a análise objetiva desses casos, qual seja, a conduta do servidor deve ser analisada tendo-se como critério a atitude esperada do homem médio, isto é, deve-se tomar como parâmetro a conduta do administrador mediano em caso de análise em sindicância ou judicial.

Fábio Medina Osório ao comentar o tema, leciona:

Há de ser considerada, ainda, a margem de falibilidade funcional, consistente no erro profissional, isto é erro juridicamente tolerável.

[...]

Além disso, deve-se analisar o grau da falha apontada e bem assim sua repercussão nos valores jurídico-administrativos, inclusive para aquilatar o tipo e o tamanho da resposta a ser dada.⁹³

Já Bocafoli considera que para a tipificação da conduta é necessário:

Que haja a tipificação do ilícito em questão, é imprescindível que esteja presente o elemento culpa, pois a relação de sujeição especial não autoriza a mitigação de garantias consideradas individuais. Assim, tanto na atividade discricionária como na vinculada, a ineficiência punida será aquela que decorreu da imprudência, negligência e imperícia.⁹⁴

Já para a aplicação da pena disciplinar ao servidor deverá ser observado alguns critérios, quais sejam, o Estado deve tentar prevenir ações que onerem o órgão, ou seja, se a conduta ineficiente era previsível, o Ente deve ter tomado medidas necessárias a coibi-la ou mitiga-la, direcionando o servidor ao caminho “correto” aquele esperado pela administração. “em caso negativo, é necessário verificar se, caso a Administração Pública tivesse procedido à devida orientação, o comportamento se realizaria da mesma forma ou não”⁹⁵.

Outro ponto que merece ser considerado para aplicação da pena disciplinar é a sua finalidade, ou seja, tem de não haver prejuízo para a Administração a aplicação da pena e tem de ter caráter corretivo para o Servidor.

⁹² Decisão do Tribunal de Contas da União, Processo n. TC 147/95-6, extraída da Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 213, p. 281-318. Jul./set./ 1998.

⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo sancionador. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P. 271; p. 66-67.

⁹⁴ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. P. 131.

⁹⁵ Id Ibid. P. 131

Devendo-se, em todos os casos que comportarem, tentar, o Estado, a reintegração do servidor ao exercício de suas funções de forma eficiente, através de treinamentos, aperfeiçoamentos, de forma a onerar minimamente o Ente com a necessidade de novo certame público para a contratação de novo agente.

Esse também é o entendimento de Bocafoli:

Vê-se, portanto, que a atuação da Administração Pública direcionada ao funcionário público, como já falamos anteriormente, deve ser realizada de forma conjunta e integrada. Todos os instrumentos previstos em norma, integrados, se afiguram, em tese, eficazes ao alcance da eficiência, focando-se a atenção no funcionário público. Um efetivo e eficaz investimento no aperfeiçoamento e treinamento do funcionário, por exemplo, além de torná-lo mais capacitado, refletindo em uma maior segurança na atuação, bem como na qualidade e na produtividade do serviço apresentado, pode, até mesmo, tornar o sistema punitivo mais rigoroso, pois o nível de exigência requerido do servidor se eleva.⁹⁶

De tudo o que se demonstrou, pode-se induzir a pensar que a perspectiva, bem como os parâmetros apontados, são paternalistas com relação aos servidores. Contudo, se o estágio probatório, a avaliação periódica de desempenho e a aplicação das penalidades disciplinares por desídia e ineficiência não fossem subutilizadas, como acontece na administração pública, tais parâmetros de eficiência seriam incorporados ao Serviço Público como um todo, induzindo o Servidor a constante atualização.

⁹⁶ BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Responsabilidade Administrativa dos Funcionários Públicos por Ineficiência. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. p. 132.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para uma atuação plena do estado, realizando todos os ditames que estão previstos no texto constitucional, é imprescindível que aja uma atuação eficiente, sendo de responsabilidade dos agentes públicos de exteriorizarem a vontade estatal. Com isso, é por meio da atuação desses agentes que a avaliação da eficiência do Estado é realizada.

Portanto, cabe aos servidores públicos a intermediação da relação entre o Estado e o cidadão, sendo esse o responsável por realizar as obrigações estatais.

Quando o servidor público, no exercício de suas funções atua de forma contrária aos ditames estabelecidos pelo Ente Estatal, deve ser punido como forma de “consertar” as suas ações. Pois bem, a sanção administrativa é a retribuição do Estado pelo cometimento do ato ilícito, que tem a finalidade de conferir eficácia a norma e impedir a realização de atos que não estejam a contento da administração.

Vale consignar que, a eficiência por si só não tem conteúdo jurídico definido, tratando-se de um conceito jurídico indeterminado, que tem a finalidade o direcionamento dos comportamentos.

Pode-se se concluir da doutrina referendada e da jurisprudência citada, que o princípio da eficiência tem por arcabouço a aplicação dos melhores meios para a realização do objetivo específico, sendo esse a garantia mínima necessária para o desenvolvimento dos serviços públicos, servindo como balizador tanto para os gestores quanto para os servidores, sempre buscando a finalidade da manutenção da dignidade humana com uma boa prestação de serviços.

Vale ressaltar que, a cobrança pela prestação eficiente só pode se dar após o servidor possuir as condições mínimas necessárias para o bom desenvolvimento das suas atribuições.

Com isso, há de se ter uma forma de aplicá-lo na prática, que seria o estabelecimento de metas e o controle da qualidade da prestação dos serviços.

As formas mais usuais de se aferir a eficiência na prestação dos serviços públicos são: a avaliação de desempenho contínuo e o estágio probatório.

Contudo, a aplicação de tais mecanismo é inócua, pouco utilizada pela administração pública. Para conseguir a demissão de um funcionário por ineficiência, há a necessidade do comportamento ser verificado mais de uma vez pelas avaliações corriqueiras de desempenho, mas não é a realidade do Brasil, muitas vezes as punições são realizadas de forma arbitrária e sem critérios objetivos. Já no estágio probatório, o servidor deve ser acompanhado de perto, devendo haver, inclusive, uma maior tolerância com os erros.

As finalidades das penas administrativas têm de estar alinhadas com as aplicadas em qualquer outro âmbito sancionatório, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, facultando ao servidor o direito de defesa realizando o julgamento sem arbitrariedade, a fim de diminuir a reforma dos atos por parte do poder judiciário.

A aplicação da pena tem de estar alinhada com os preceitos da administração pública e ser utilizada como forma de alinhar os serviços prestados, não agir de forma contrária, coibindo inovações dos servidores por medo de possíveis punições.

Os atos ensejadores de ineficiência têm de ser avaliados na sua origem, tomando-se como base, somente, as informações que o servidor/gestor possuía no momento da decisão, não deve ser considerado o resultado do ato para a sua avaliação.

A não aplicação de pena disciplinar e a sua aplicação desponderada, desvirtuam a finalidade do poder disciplinar e provoca um desestímulo aos servidores públicos, o que resulta em uma atuação ineficiente dos mesmos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** 2. Ed. Ampli. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do poder disciplinar na administração pública.** 1969. Tese (Cátedra de Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969. P. 6 e 62.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.

BIO, Sérgio Rodrigues. **Sistemas de Informação: um enfoque gerencial.** São Paulo: Atlas, 1996.

BOCAFOLI, Amarilis Inocente. **Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência.** Dissertação de mestrado. Faculdade de direito da USP. São Paulo. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 10.220/DF, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 13.8.2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 983077/SC, Ministra Eliana Calmon, DJ 27/11/2008. P. 385.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 581.073/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 11.12.2006, p. 409.

BRASIL. Constituição de 1998, Disponível em: www.planalto.gov.br/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 07 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 1.297/DF, Ministro Marco Aurélio, DJ 25/02/1992, p. 2170

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. TC 147/95-6, extraída da Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 213, p. 281-381, jul/set. 1998.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. Ed. 8. Reimp. Coimbra: Livr. Almedina, 2005. V. 1.,

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria Geral da Administração**. São Paulo: Makron Books do Brasil, McGraw-Hill, 2004.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DAL BOSCO, Maria Goretti Dal. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1998**. Curitiba, Juruá, 2006

FAGUNDES, Miguel seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. Ed. Ver. Ampl. Atual. São Paulo: Malheiros ed., 2006.

FREITAS, Izaias Dantas. **A finalidade da pena no processo administrativo disciplinar**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 17, n. 8, p. 618-625, ago. 2001.

GASPARINI, Diogenes, **Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MACEDO, Pedro de Sousa. **Poder disciplinar patronal**. Coimbra: Licr. Almedina, 1990.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEGGINSON, Leon C. et al. **Administração: conceitos e aplicações**. 4.ed. São Paulo:

MEIRELLES, H L; ALEIXO, D B; FILHO, J E B. **Direito administrativo brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. Ver. E atual. Até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. Ed., 7 tir., São Paulo: Malheiros ED., 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 2 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades**. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adílson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**, Coimbra. Livr. Almedina 2005.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTR, 2001.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: Ltr, 2003.

SILVA, José Afonso de. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. Ver. E atualizado. São Paulo: Malheiros Ed. 2009.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

VITTA, Heraldo Garcia. **O princípio da eficiência e a discricionariedade administrativa**. Revista do instituto de Pesquisa e Estudos, Bauru, n. 36,, dez./abr. 2002-2003.

APÊNDICE