

Série sbdp
Direito Público dos
Recursos Humanos
Vol. 1

VÍNCULOS PÚBLICOS E FORMAS DE SELEÇÃO

Diagnósticos jurídicos para a
modernização do RH do Estado

Organização:
Carlos Ari Sundfeld
Conrado Tristão



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

Série sbdp
Direito Público dos
Recursos Humanos
Vol. 1

VÍNCULOS PÚBLICOS E FORMAS DE SELEÇÃO

Diagnósticos jurídicos para a
modernização do RH do Estado

Organização:
Carlos Ari Sundfeld
Conrado Tristão



**Núcleo de Inovação da
Função Pública** - sbdp

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Vínculos públicos e formas de seleção [livro eletrônico] : diagnósticos jurídicos para a modernização do RH do Estado / organização Carlos Ari Sunfeld , Conrado Tristão. -- 1. ed. -- São Paulo : Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021. --
(Série SBDP : direito público dos recursos humanos ; 1)
PDF.

ISBN 978-65-995327-0-2

1. Administração pública 2. Direito público - Brasil 3. Gerenciamento de pessoas 4. Servidores públicos - Brasil I. Sunfeld, Carlos Ari. II. Tristão, Conrado. III. Série.

21-69937

CDD-658.001

Índices para catálogo sistemático:

1. Servidores públicos 658.001

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

APRESENTAÇÃO

O debate em torno da modernização do RH do Estado brasileiro, em alta nos dias de hoje, parece ainda carecer de diagnósticos jurídicos mais aprofundados. A partir dessa percepção, a Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp, por meio de seu Núcleo de Inovação da Função Pública – sbdp, tem empreendido esforços para produzir e fomentar a produção de pesquisas jurídicas sobre a gestão de pessoas no setor público brasileiro.

Esse é o objetivo da *Série sbdp Direito Público dos Recursos Humanos*, inaugurada pela presente obra, e que reunirá em cada um de seus volumes produções jurídicas sobre temas relevantes dos recursos humanos públicos.

O primeiro volume da série traz pesquisas que discutem os tipos de vínculos e os modelos de seleção públicos. São diagnósticos jurídicos que ajudam a informar o debate em torno da modernização do RH do Estado.

Os trabalhos apresentados nesse volume inaugural são fruto de outra iniciativa da sbdp, em parceria com República.org: o “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”.

O concurso contou com a brilhante participação de pesquisadores com variadas formações e provenientes de grandes instituições de ensino de diversos estados (e até de fora do Brasil). A presente obra traz as monografias que obtiveram os três primeiros lugares e duas monografias que receberam menções honrosas.

Deixamos nossos agradecimentos: à República.org, na pessoa de seu diretor executivo, Eloy Oliveira; ao Grupo Público da FGV Direito SP, na pessoa de sua coordenadora, profa. Juliana Palma; à Escola de Formação Pública – sbdp, na pessoa de sua coordenadora, profa. Mariana Vilella; à equipe da sbdp que participou da organização do “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”: Victoria Spera Sanchez, Giovanna Mauad, Ana Luíza Silva Santos e Camila Gambaroni; aos professores que participaram da banca avaliadora do concurso: Patrícia Baptista, Rodrigo Kanayama, Vivian Ferreira, Rafael Issa, João Pedro Accioly, Sylvio Alarcon e Renato Toledo; a Rafael Castro, pela edição da presente obra; e a Vera Monteiro, André Rosilho, Jacintho Arruda Câmara, João Domingos Liandro, Yasser Gabriel e Ana Luiza Arruda, por todo o apoio.

Carlos Ari Sundfeld

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp

Conrado Tristão

Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública - sbdp

SUMÁRIO

01. APRESENTAÇÃO

02. SUMÁRIO

04. Anna Carolina Migueis Pereira

Regime Jurídico dos Servidores
Públicos no Brasil: evolução, *by-passes* e transformações

38. Isabela de Oliveira Parisio

Precariedade e flexibilidade nas contratações
temporárias do setor público: como decide o TJ-SP?

80. Guilherme Balbi | Rebeca Mathias Lins

A atuação extrajudicial do Ministério Público de São Paulo
no *enforcement* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988

107. Jonas Faviero Trindade

Vínculo e função pública: Uma relação necessária para
o aprimoramento do debate da reforma administrativa

144. Victor Silveira Martins

Um problema de origem no RH do Estado brasileiro:
Concurso público e qualificação dos servidores públicos

Clique no **número da página** para navegar até ela.

A qualquer momento, clique na **parte inferior da página** para voltar até este sumário.

LISTA DE AUTORES

Anna Carolina Migueis Pereira

Doutoranda, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio).

Guilherme Balbi

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Isabela de Oliveira Parisio

Mestranda e Bacharel em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Jonas Faviero Trindade

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS).

Rebeca Mathias Lins

Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Victor Silveira Martins

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Anna Carolina Migueis Pereira

Regime Jurídico dos Servidores Públicos no Brasil:
evolução, *by-passes* e transformações



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

Regime Jurídico dos Servidores Públicos no Brasil: evolução, *by-passes* e transformações*

Anna Carolina Migueis Pereira

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os esforços de sabotagem que o regime jurídico dos servidores públicos no Brasil sofre desde sua instituição, com ênfase nas regras do regime jurídico único. Argumenta-se que as reformas administrativas já realizadas no país foram seguidas por *by-passes* institucionais, caracterizados por esforços que buscaram não a revogação das regras instituídas, mas sim o desenvolvimento de contornos à sua incidência. O trabalho se inicia com uma breve história do regime jurídico da função pública no país, destacando-se as fugas que ele sofreu ao longo do tempo. Em seguida, são narrados o advento do regime jurídico único pela Constituição de 1988, as críticas de que ele foi alvo, sua extinção e seu posterior restabelecimento. Em sua última e principal seção, o artigo explora com maior profundidade os principais *by-passes* sofridos pelo regime jurídico único desde sua instituição até os dias atuais, não obstante sua restauração formal desde 2007. O trabalho se encerra com uma breve conclusão e síntese de ideias.

Introdução

Há quase um século, o Brasil tenta construir regras pautadas na profissionalização e na impessoalidade para disciplinar a seleção e a vida funcional de seus servidores públicos. Desde então, houve três grandes momentos de implantação de reformas administrativas. O primeiro deles ocorreu a partir de 1938, com a criação do Departamento de Administração do Serviço Público – DASP, durante o Estado Novo. O segundo, a partir de 1967, com a aprovação do Decreto-Lei nº 200 e outras normas que o seguiram. O terceiro, mais recente, em 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998.

No entanto, as reformas administrativas já realizadas no Brasil não foram capazes de formar um sistema de mérito sólido no funcionalismo público. Desvios ao sistema de mérito foram aos poucos construídos de maneira informal e nem sempre concertada. Uma das principais estratégias para construir caminhos alternativos às regras vigentes em cada época foram os *by-passes*, desvios informais que buscam, em vez de extinguir normas consideradas ineficientes ou indesejáveis, criar outras regras ao seu redor, de modo a

* O presente texto obteve a primeira colocação no “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”.

contornar a sua incidência, mas sem revogar formalmente aquelas consideradas indesejadas ou ineficientes¹.

O presente artigo pretende, inicialmente, analisar os desvios que as regras de regência da função pública brasileira sofreram ao longo de nossa história, com vistas a demonstrar que a formação de sistemas paralelos ao regime oficial do funcionalismo público está longe de ser considerada um fenômeno recente no país. Após assentar esta premissa geral, o trabalho debruça-se com maior profundidade sobre o regime jurídico único. Primeiro, é construído um retrospecto de sua concepção, passando pela sua extinção no final da década de 1990 até chegar a seu restabelecimento. Na sequência, são analisados os principais *by-passes* que o regime jurídico único sofreu desde a sua criação e continua sofrendo mesmo após a sua restauração formal, bem como os motivos que levam à formação desses contornos informais. Por fim, será apresentada uma breve conclusão.

1. Construção do regime jurídico dos servidores públicos no Brasil: uma história de fugas e *by-passes*

Ao longo da história brasileira, houve uma série de obstáculos para a construção de um regime jurídico para a função pública pautado em valores de profissionalismo, mérito e impessoalidade. Assim como o regime jurídico único enfrenta desde sua criação uma série de *by-passes*, regras anteriores que buscam disciplinar o funcionalismo público também foram alvo de movimentos de resistência que operaram para minar a sua saída do papel.

Desde o período imperial, é possível identificar a ausência de sistematização e o casuísmo que até hoje marcam a função pública brasileira, com normas pontuais e diversas para carreiras específicas e a criação e preenchimento de cargos conforme as necessidades iam surgindo, sem muito planejamento prévio². Com a proclamação da República, consolidaram-se duas categorias diversas de agentes públicos: os funcionários públicos, distribuídos em carreiras e cargos, e os extranumerários, que desempenhavam

¹ Maiores considerações sobre o conceito de *by-pass* institucional são trazidas em: PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael J. *Institutional Bypasses: a strategy to promote reforms for development*. Cambridge: Cambridge University Press. 2018.

² SILVA, Domingos Carvalho da. *O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado*. Revista do Servidor Público, Brasília, n. 108, vol. 1. jan/abr. 1973. Ainda durante o Império, Visconde de Uruguai já observava a desorganização no setor público brasileiro (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960. p. 117-125).

funções não organizadas em cargos e regidas por vínculos precários³⁻⁴. Com o tempo, o regime jurídico dos funcionários públicos e dos extranumerários aproximou-se, com a extensão de direitos como férias e licenças para estes últimos, mas a estabilidade permaneceu reservada apenas à primeira categoria⁵.

A Constituição de 1934, a primeira a ter um capítulo dedicado aos funcionários públicos⁶, trata dos servidores concursados e dos não concursados. Durante a década de 1930, havia um claro movimento da administração varguista de profissionalizar o funcionalismo público brasileiro, com vistas a dar conta de suas pretensões nacionais-desenvolvimentistas⁷. Ainda na Era Vargas, a Carta de 1937, símbolo da ditadura do Estado Novo, também dedicou um capítulo ao funcionalismo público (artigos 156 a 159), cujas regras eram similares às da Carta de 1934. Sob sua égide, foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, pelo Decreto-Lei nº 579/1938, e editado o primeiro estatuto dos funcionários civis do Brasil (Decreto-Lei nº 1.713/1939).

Dentre as principais incumbências do DASP estavam racionalizar e estruturar os serviços públicos, elaborar a execução orçamento federal, fixar normas de gestão de pessoal e selecionar candidatos ao serviço público⁸. O órgão representou, assim, a primeira tentativa formal de organização e estruturação da burocracia brasileira, a partir

³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, pp. 143-169, jan/jul 2007. p. 146.

⁴ Ainda na vigência da Constituição de 1891, foi editado o Decreto Legislativo nº 5.426/1928, que, alterando o Código de Contabilidade Pública, estabeleceu uma definição legal de funcionário público em âmbito federal, expressamente deixando de fora deste regime jurídico os “*mensalistas, diaristas e empregados subalternos nos serviços da União*”, cuja situação seria definida “*nos respectivos regulamentos*” (art. 8º). A expressão foi repetida por normas editadas já sob as Constituições de 1934 e 1937: o regime jurídico dos extranumerários foi disciplinado pela Lei nº 284/1936 e pelo Decreto-Lei nº 240/1938, que conceituava também três espécies deste gênero: tarefeiros, diaristas e mensalistas.

⁵ MELO, José Augusto de Carvalho e. *Extranumerário*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro-São Paulo, vol. 1, p. 347-358, jan. 1945.

⁶ COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado, 200 anos de administração pública, 200 anos de reformas*. Revista de Administração Pública, nº 42. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Set/out 2008. p. 845 e OLIVEIRA, Gercina Alves de. *A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira*. Revista de Administração Pública, nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Jul/dez. 1970. p. 63.

⁷ A implantação do modelo desenvolvimentista-varguista e a construção de uma indústria nacional baseava-se fortemente na presença do Estado, seja por meio da criação de grandes empresas estatais, como a Companhia Siderúrgica Nacional (1941) e a Companhia Vale do Rio Doce (1942), hoje já privatizadas, seja por meio da concessão de vantagens, subsídios e outras medidas protecionistas a industriais privados, muitas das quais administradas por recém-criadas autarquias econômicas, como o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) e do Instituto Nacional do Pinho (1941) (CASTOR, Belmiro Valverde Jardim. *Os contornos do Estado e da Burocracia no Brasil*. In: CASTOR, Belmiro Valverde Jardim et. al. *Burocracia e Reforma do Estado*. Cadernos Adenauer II, nº 3. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, julho 2001. p. 15-17).

⁸ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004. p. 155-156.

de um modelo weberiano⁹, pautado no mérito e na profissionalização, e das experiências do serviço civil (*civil service*) estadunidense¹⁰. Por outro lado, não se pode ignorar a origem autoritária do departamento, cuja natureza bifronte iria acompanhá-lo durante toda sua existência; afinal, já em sua origem tratava-se de entidade criada com a finalidade de desenvolver um corpo burocrático profissional e racionalizado embebida em um contexto autoritário e antidemocrático¹¹.

Além disso, a criação do DASP não impediu a perpetuação de categorias de agentes públicos que operavam à margem de seu sistema meritocrático. Continuaram existindo na administração brasileira grandes quantidades de extranumerários, agentes que não faziam parte dos quadros de pessoal tão racionalmente pensados pelo super órgão de planejamento, e interinos, nomeados em tese para atender a situações temporárias ou de emergência, mas que na prática se perpetuavam no aparato estatal. Como não integravam os quadros permanentes, frequentemente eram admitidos sem concurso público, pagos através de verbas especiais e tinham vínculos precários¹².

O período democrático vivenciado pelo país entre 1945 e 1964 representou o ocaso do DASP, com aumento de contratações temporárias, indicações de apadrinhados políticos e restrições orçamentárias à realização de concursos públicos¹³. Embora o departamento só tenha sido formalmente extinto já no período militar, seu orçamento começa a encolher consideravelmente a partir do fim da Era Vargas¹⁴.

Em 1946, um ano após a redemocratização, foi aprovada uma nova Constituição, que continha uma série de dispositivos que expressamente admitiam a existência de cargos e empregos em entidades autárquicas¹⁵. Em disposição que ilustra o longo histórico de *by-passes* ao sistema de mérito na função pública brasileira e que anos mais

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed. revista e ampliada. 2015. p. 11-13.

¹⁰ Beatriz Wahrlich explica que “o próprio artigo da lei da que criou o DASP foi literalmente copiado de duas seções de uma lei americana de 1921 e que foi muito utilizada por Roosevelt” (WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Entrevista à Profª. Margarida Batista*. In: BATISTA, Margarida. *Modernização Administrativa no Brasil: depoimentos*. Brasília: Funcep, 1988, pp. 209-224, p. 230).

¹¹ ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. *Administração Pública no Brasil: breve história política*. São Paulo: Editora UNIFESP, 2010. p. 52-53. No mesmo sentido, LAMBERT, Francis. *Tendências da Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 4, n. 1, jan/jun 1970. pp. 135-158. p. 142-147.

¹² CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004. p. 156.

¹³ GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 206.

¹⁴ “O orçamento do DASP encolheu de 2,2% do PIB do Brasil em 1945 para 0,3% em 1962” (GRINDLE, Merilee Serrill. *Op. Cit.* p. 207).

¹⁵ Constituição de 1946, art. 141, § 31, art. 180, § 3º e art. 209, IV.

tarde serviria de inspiração para o Constituinte de 1988, o art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1946 equiparou aos funcionários públicos, inclusive para fins de estabilidade, os extranumerários e os interinos que exercessem funções permanentes há mais de cinco anos.

Por outro lado, em uma iniciativa moralizadora da função pública, na vigência da Carta de 1946, foi também aprovada a Lei nº 1.711/1952, segundo estatuto dos servidores civis no Brasil, que vigorou até a edição da Lei nº 8.112/1990. Como pontua Caio Tácito em texto escrito à época de sua edição, o novo regramento representava um esforço de valorização do sistema de mérito no serviço público e de expurgo do ranço autoritário deixado pelo contexto em que o Estatuto de 1939 havia sido lançado¹⁶.

No entanto, se antes da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, a dicotomia mais evidente era entre funcionários públicos e extranumerários, a partir das décadas de 1950 e 1960 foi possível observar uma grande expansão do regime celetista na Administração Pública brasileira¹⁷. Também permaneciam as contratações de servidores “recebidos”, desprovidos de qualquer título formal ou garantias de emprego¹⁸. Nesse sentido, a longa subsistência de um sistema de patronagem em paralelo ao sistema de mérito no funcionalismo público brasileiro mostra que, apesar dos esforços envolvidos na criação do DASP, a sociedade e o Estado brasileiro ainda não dispunham dos elementos necessários para estruturar uma burocracia weberiana¹⁹.

Já no período da ditadura militar, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 são expressas ao se referirem à possibilidade de existência de cargos e empregos em todos os níveis da administração direta e indireta²⁰. A reforma administrativa de 1967, corporificada no Decreto-Lei nº 200, surge como resposta institucional da tecnoburocracia a demandas de grupos empresariais próximos do regime

¹⁶ TÁCITO, Caio. *O Estatuto de 1952 e suas Inovações*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 34. 1953. p. 1-13.

¹⁷ Por exemplo, a Lei nº 3.780/1960 tentou sistematizar os agentes públicos entre funcionários estatutários e “agentes temporários e de obras”, regidos pela CLT, bem como trazer regras para o preenchimento interino de cargos por motivos excepcionais pelo prazo máximo de um ano. O Decreto-Lei nº 200/1967 também permite a contratação pela legislação trabalhista legislação trabalhista, de técnicos especializados, para prestar serviços à administração direta e autarquias (art. 96) e de consultores técnicos e especialistas, temporariamente (art. 97).

¹⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Op. Cit.* p. 155.

¹⁹ OLIVEIRA, Gercina Alves de. *A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira*. Revista de Administração Pública, nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Jul/dez. 1970. p. 67. No mesmo sentido, CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004. p. 156-157.

²⁰ Constituição de 1967, art. 150, § 11. Outros dispositivos falam de cargos e empregos em autarquias e empresas estatais: art. 97, § 2º e art. 152, § 2º, “P”. A Emenda Constitucional nº 1/1969 contém previsão similar em seu art. 151, III e art. 153, § 11.

militar e livre de pressões populares em razão do governo autoritário. Há uma rejeição aos ideais burocráticos weberianos que nortearam a reforma daspiana dos anos 1930 e se consolidam na administração pública procedimentos gerenciais típicos do direito privado, com a abertura de sociedades de economia mista ao capital privado, a descentralização da administração e o fortalecimento de entidades de direito privado sujeitas ao regime celetista e desobrigadas de realizar concursos públicos e licitações²¹. Em relação aos servidores públicos estáveis, a reforma administrativa militar propunha identificar, redistribuir e até mesmo dispensar ou exonerar funcionários ociosos, criando centros de redistribuição e aproveitamento de pessoal e impedindo novos concursos públicos enquanto houvesse servidores em disponibilidade²².

Além disso, em 1974 foi aprovada a Lei nº 6.185, que passou a prever expressamente a possibilidade de os servidores públicos da Administração Direta e Autárquica serem regidos por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista. A Lei nº 6.185/1974 reservava o regime estatutário apenas a “*atividades inerentes ao Estado, sem correspondência no setor privado*”, enquanto para as demais previa que somente seriam admitidos trabalhadores celetistas, vedados, contudo, os direitos de greve e sindicalização²³.

Um dos nortes da reforma administrativa promovida pelo regime militar era, portanto, esvaziar a burocracia da administração direta, revestida de garantias weberianas de acesso através do mérito, estabilidade contra livre demissão e mecanismos de controle remuneratório, para dar lugar a uma administração cujo regime de pessoal fosse eminentemente privado, considerado mais dinâmico, moderno e eficiente²⁴. Porém, impulsionados pela ausência de mecanismos transparentes e democráticos de fiscalização, o clientelismo e o empreguismo, velhos conhecidos da Administração

²¹ SILVA, Leonardo Barbosa e. *A Reforma Administrativa de 1967*. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. *Administração Pública no Brasil: breve história política*. São Paulo: Editora UNIFESP, 2010. p. 66-76.

²² SILVA, Leonardo Barbosa e. *Op. Cit.* p. 77.

²³ Lei nº 6.185/1974, arts. 2º e 3º. O art. 4º da lei ainda permitia que servidores estatutários, a critério do Poder Executivo, optassem por migrar para o regime celetista.

²⁴ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004. p. 160-163. O DL 200/67, inclusive, positiva pela primeira vez no direito pátrio a necessidade de a Administração Pública buscar uma atuação pautada na eficiência.

Pública brasileira²⁵, acabaram se espalhando também para a administração indireta²⁶ e se substituindo aos propósitos de racionalização e desburocratização que haviam inspirado, em tese, as reformas. Em 1985, o primeiro governo civil a ser empossado em mais de duas décadas verificou que havia mais de 20.000 entidades na administração federal indireta, incluindo 897 cujo objeto era coordenar outros órgãos e entidades²⁷.

O empacotamento da administração com aliados políticos foi facilitado pelo fato de as exigências de admissão por concurso público na época serem bem menos rígidas do que hoje. Mesmo para estatutários, os concursos poderiam ser de provas ou de títulos (isto é, mera avaliação curricular), com possibilidade de sua não realização no caso de provimento interino. Ademais, apenas a primeira investidura em cargo público precisaria ser por concurso aberto público, os demais provimentos do servidor poderiam se dar por concurso interno, aberto apenas àqueles que já fizessem parte dos quadros da Administração²⁸.

A adoção do regime celetista, por sua vez, dispensava de forma ampla a prévia aprovação em concurso público para admissão de pessoal. Com isso, houve um crescimento exponencial do número de celetistas não concursados na Administração Pública durante o período iniciado com a redemocratização em 1945, e que perdurou durante os anos da ditadura militar²⁹. Na prática, a maioria desses funcionários estava sujeita ao emprego: quando a Constituição Cidadã entrou em vigor, em 5 de outubro de 1988, cerca de oitenta por cento dos funcionários públicos da União eram celetistas³⁰.

²⁵ Emerson Moura reconstrói práticas empreguistas e patrimonialistas em solo brasileiro desde o período colonial, apontando para uma confusão entre as famílias de grandes senhores de terras e o aparato público colonial, até a Era Vargas. Francis Lambert aprofunda considerações sobre o “sistema de pistolão” desde o Império até a década de 1960. Vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Burocracia Brasileira, Reforma Administrativa e Estado Novo: o papel do aparato administrativo na Era Vargas*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 2, n. 1, 2016, pp. 367-400. E também: LAMBERT, Francis. *Tendências da Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 4, n. 1, jan/jun 1970. pp. 135-158.

²⁶ “Em vez de dar lugar a um aparelho de Estado eficiente e enxuto, a reforma resultou em um Estado inchado e privatizado, uma vez que não atendia a objetivos de interesse público, mas sim a interesses privados de grupos atrelados ao poder” (SILVA, Leonardo Barbosa e. *Op. Cit.* p. 74).

²⁷ GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 210.

²⁸ Antes da Constituição de 1988 os concursos internos permitiam com frequência a ascensão funcional de servidores, também chamada de transposição. Hoje, a Súmula Vinculante nº 43 expressamente afirma que a prática não foi recepcionada pela ordem constitucional vigente.

²⁹ De acordo com estudo de Francis Lambert publicado em 1970, naquela época apenas 17,8% dos funcionários públicos federais haviam ingressado pelo sistema de mérito (LAMBERT, Francis. *Op. Cit.* p. 149).

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 272.

2. O Regime Jurídico Único na Constituição de 1988

No contexto da redemocratização, a Constituição de 1988 promove um retorno do pêndulo a ideais weberianos e de controle sobre o aparelho estatal. Uma de suas mais importantes disposições, com vistas a garantir um sistema de mérito na função pública brasileira, foi a universalização da obrigatoriedade de realização de concursos públicos para o preenchimento de quaisquer cargos e empregos (artigo 37, II). Assim, o concurso pela primeira vez tornou-se obrigatório não só para servidores estatutários, mas também para empregados públicos celetistas. Os concursos passam a ser sempre públicos e apenas de provas ou provas e títulos, acabando-se com as seleções internas ou exclusivamente por títulos que existiam em constituições anteriores.

Com vistas a fortalecer o sistema de mérito e promover a isonomia no funcionalismo público, foi criado um regime jurídico unificado para as pessoas de direito público. Na ordem constitucional anterior, era comum haver servidores desempenhando funções semelhantes ou mesmo idênticas, mas submetidos a regramentos distintos³¹. Em seus discursos, membros da Assembleia Constituinte expressamente destacaram o fato de que a unificação do regime jurídico do funcionalismo público visava a impedir que “*se aumentasse o fosso, as diferenças entre as categorias funcionais mais qualificadas, mais organizadas e mais aguerridas e aquelas menos preparadas*”³².

Entretanto, a Carta Cidadã faz também concessões ao antigo regime. A principal delas foi a concessão de estabilidade, pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, aos servidores que haviam ingressado nos quadros da Administração sem concurso público há cinco anos ou mais quando da promulgação do novo texto constitucional. Nos anais da Constituinte, chama a atenção a ambivalência dos parlamentares em relação ao dispositivo: ao mesmo tempo em que é referido como “trem da alegria”, reconhece-se a necessidade de regularizar a situação daqueles que já possuíam anos de serviços prestados ao poder público³³.

A partir da entrada em vigor da nova Constituição, a intenção do legislador constituinte era, contudo, moralizar em definitivo o funcionalismo público brasileiro. A redação do dispositivo que veio a se tornar o artigo 39, caput – previsão constitucional do

³¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, pp. 143-169, jan/jul 2007. p. 158.

³² Discurso do Sr. José Fogaça (PMDB/RS) publicado no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano II, nº 194, 02.03.1988, p. 472.

³³ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano II, nº 254, 02.06.1988, p. 33, 194, 312 e 491.

regime jurídico único – foi aprimorada ao longo de sua tramitação, mas, desde a versão original do documento, já constava a expressão “regime jurídico único”³⁴. Embora a expressão “weberiana” não seja empregada de maneira expressa, é possível observar uma clara preocupação dos membros da Constituinte com a profissionalização, a impessoalidade, e a valorização da burocracia brasileira³⁵.

De acordo com o artigo 39, caput da Constituição de 1988, o regime jurídico único se aplica às pessoas de direito público, a saber: entes federativos e entidades autárquicas, como autarquias e fundações públicas de direito público. Em relação às pessoas de direito privado, mesmo aquelas que integram a administração indireta, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, não há incidência do RJU. Dentro das pessoas de direito público, contudo, o significado da expressão desperta divergências na doutrina brasileira. Atualmente, é possível identificar três grandes correntes sobre o tema³⁶.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, o regime jurídico único significa que cada ente federativo deve adotar o mesmo conjunto de regras para as diferentes pessoas

³⁴A gênese do artigo 39 da Constituição de 1988 pode ser encontrada em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>> Acesso em 16.11.2020.

³⁵ O sociólogo alemão Max Weber, pai das burocracias modernas, elenca dez principais requisitos para a formação de uma autoridade legal racional: (i) funcionários livres e sujeitos apenas às obrigações do cargo; (ii) hierarquia de cargos; (iii) divisão clara de competências; (iv) livre seleção de funcionários; (v) seleção com base em qualificação técnica; (vi) remuneração em dinheiro, sistema de pensões e compatibilidade da retribuição com o nível hierárquico e as habilidades exigidas do cargo; (vii) o cargo é a única ou principal ocupação do funcionário; (viii) promoção por mérito, antiguidade ou ambos; (ix) separação entre público e privado; e (x) disciplina e controle no desempenho do cargo (WEBER, Max. *Os Fundamentos da Organização Burocrática*: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo. *Sociologia da Burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 4ª ed. 1978, pp. 15-28, p. 20-21). O discurso do Sr. Octávio Elísio (PMDB/MG) publicado no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano I, nº 138, 03.09.1987, p. 488 ilustra preocupação do constituinte em seguir estas bases.

³⁶ Toshio Mukai adotava um quarto entendimento em obra publicada em 1989. Para Mukai, dentro de cada ente federativo seria possível a adoção de um regime para a administração direta e outro para autarquias e fundações (MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62). No entanto, a ausência de edições atualizadas da obra levou-nos a optar por não incluir este entendimento no rol das correntes atualmente existentes sobre o significado do regime jurídico único. Por motivos semelhantes, optou-se também por não mencionar a posição de Hely Lopes Meirelles, já que, como o autor faleceu em 1990, os entendimentos atualizados de sua obra refletem, na verdade, as preferências de seus atualizadores.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 266-272. A baixa produção acadêmica sobre função pública no direito brasileiro faz com que os manuais de direito administrativo sejam uma das únicas fontes atualizadas de pesquisa sobre o assunto, embora seja inegável a limitação de profundidade que é inerente à abrangência deste tipo de obra. Celso Antônio Bandeira de Mello possui uma obra dedicada de forma exclusiva ao regime jurídico dos servidores públicos, mas as suas últimas edições foram lançadas nos primeiros anos da década de 1990 (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. 1991). As ideias aqui mencionadas já constavam daquele

jurídicas de direito público que integram a sua administração direta e indireta. Assim, não seria possível que os servidores de uma autarquia fossem submetidos a um regramento distinto dos que atuam na administração direta ou mesmo em outra entidade autárquica daquele ente da Federação.

Entretanto, considera que, dentro dessa uniformidade, é possível que cada ente federativo opte pelo regime estatutário ou de emprego público. Embora destaque que o regime estatutário – dotado de maiores regras de proteção para os servidores – seria mais desejável para o exercício de funções típicas de estado, o autor discorda de maneira expressa da ideia de que o regime jurídico único deve ser necessariamente estatutário.

Celso Antônio também sustenta que, mesmo no caso de entes que sigam um regime estatutário, seria possível a adoção do regime de emprego público celetista para agentes que desempenham “*serviços materiais subalternos, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros, ou mesmo de mecanógrafos, digitadores, etc.*”³⁸. Para fundamentar esta ideia, o professor paulista lista diversos dispositivos constitucionais que se referem a “*cargos, empregos e funções*” dentro da Administração Pública direta e autárquica (isto é, dentro das pessoas de direito público)³⁹.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰, em versões mais atuais de sua obra, tem defendido que o regime jurídico único deve ser obrigatoriamente estatutário. A própria autora relembra que, em edições anteriores, sustentava que o regime jurídico único poderia ser celetista ou estatutário, contanto que adotado o mesmo conjunto de regras para toda a administração direta e autárquica de cada ente federativo. Porém, argumenta que, desde a ADI nº 2.310, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) entende que atividades típicas de estado somente podem ser executadas por servidores estatutários, o que impediria sua coexistência com celetistas em pessoas jurídicas de direito público⁴¹⁻⁴².

trabalho (p. 104-112), mas se optou pela citação direta ao *Curso* do autor por se tratar de material mais atualizado.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 271. O mesmo entendimento é adotado por ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013, p. 531-533. Além de reproduzir argumentos similares ao de Celso Antônio Bandeira de Mello, Aragão embasa também seu entendimento nos princípios da proporcionalidade (em sua vertente da necessidade), eficiência e economicidade.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 270-271.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 708-712. Este também é o entendimento defendido por Marçal Justen Filho: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 8ª ed. revista ampliada e atualizada. 2012. p. 827.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* p. 709-710.

⁴² É possível que decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 532 da Repercussão Geral, no sentido de que empresas públicas e sociedades economia mista prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio podem desempenhar poder de polícia, represente uma nova virada no entendimento da autora.

Por sua vez, na esteira de Adilson Abreu Dallari e Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³, José dos Santos Carvalho Filho defende que cada ente da Federação pode escolher entre adotar um regime jurídico único estatutário ou celetista, desde que siga as mesmas regras para todas as suas pessoas de direito público. Como pontua Carvalho Filho, este é o entendimento que prevalece na prática, tendo em vista a existência de uma série de Municípios brasileiros que optam pela submissão de todos os seus servidores às regras da CLT⁴⁴⁻⁴⁵.

Não obstante, uma interpretação histórica da Constituição de 1988 revela que a intenção do constituinte – ou, ao menos, parte dos membros da Assembleia Nacional – era acabar com a existência de empregados celetistas nas pessoas de direito público e instituir um regime unificado estatutário, reservando o regramento da CLT apenas para empresas privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista⁴⁶. Nesse sentido, pode-se afirmar que a adoção de um RJU celetista por alguns entes federativos já é, por si só, um *by-pass* à intenção original do constituinte. Contudo, os maiores entes federativos do país – inclusive a União Federal, através da Lei nº 8.112/90 – adotaram o regime jurídico único estatutário para seus servidores.

Como será desenvolvido no item 5.4 deste artigo, muito embora o poder de polícia seja atividade típica de estado, a Suprema Corte entendeu que empresas estatais – pessoas jurídicas de direito privado, cujo regime de pessoal é o de emprego público celetista – podem exercê-lo, desde que os poderes sejam previsto em lei e essas entidades atuem com exclusividade, a fim de não violar regras de concorrência com o setor privado. Dessa forma, parece ter sido superado pela Corte o entendimento manifestado na ADI nº 2.310 de que somente servidores estatutários podem realizar atividades típicas de estado, não mais subsistindo o fundamento jurídico invocado por Di Pietro para, em suas obras mais recentes, restringir o regime jurídico único ao estatutário. É preciso, contudo, aguardar o posicionamento da autora em edições futuras de sua obra, visto que a decisão do STF se deu há poucos meses, ainda no ano de 2020.

⁴³ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2.^a ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 28^a ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014. 2015. p. 630-632. O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui diversos julgados no sentido de que no caso de entes federativos que adotam regime jurídico único celetista para seus servidores, a justiça competente para dirimir conflito envolvendo esses agentes é a trabalhista. Vide, por exemplo: STJ, AgRg no CC nº 116.308/SP. Rel. Min Castro Meira. 1^a Seção. DJ 08.02.2012. E também: STJ, CC nº 55.277/SP, Rel. Min Eliana Calmon. 1^a Seção. DJ 06.06.2006.

⁴⁵ Um exemplo de Município que adota regime jurídico único celetista é Salto/SP. Seu estatuto de servidores está disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/salto/lei-ordinaria/2007/282/2814/lei-ordinaria-n-2814-2007-institui-o-plano-de-carreiras-cargos-e-salarios-dos-servidores-municipais-da-prefeitura-da-est-nca-turistica-de-salto-sp-bem-como-da-outras-providencias-2007-05-16-versao-original>> Acesso em 14.nov.2020.

⁴⁶ Em pelo menos duas oportunidades, o Sr. Humberto Lucena (PMDB/PB) deixa clara essa intenção: “No capítulo dos servidores públicos, estabeleço o regime jurídico único para os servidores públicos. Isso significa a extinção da Consolidação das Leis do Trabalho na administração direta, pois ressalvo que a CLT continuará existindo nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, ano I, nº 54, 06.05.1987, p. 10). Em sentido semelhante: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, ano I, nº 127, 17.08.1987, p. 102.

3. Críticas, Extinção e Restabelecimento do Regime Jurídico Único

Poucos anos após a instituição do regime jurídico único, começaram a surgir críticas à sua rigidez institucional, pautadas sobretudo no movimento do *New Public Management* (“NPM”)⁴⁷, movimento surgido no Reino Unido e exportado para outros países da *common law*, como Estado Unidos da América e Nova Zelândia, e para a Escandinávia⁴⁸. O ponto central do NPM é aplicar ideias da gestão de organizações privadas a instituições públicas, deslocando o eixo de análise dos processos para os resultados e ampliando a responsividade dos agentes públicos às necessidades dos cidadãos, que passam a ser vistos como consumidores de serviços estatais⁴⁹.

No Brasil, o movimento ganhou adeptos entre o governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), em especial o ministro de administração e reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira. Em artigo publicado em 1996, o à época ministro reconhece que a estabilidade foi instituída no país a partir das reformas varguistas para coibir o empreguismo e conferir racionalidade e continuidade à administração pública, evitando a demissão em massa de todos os funcionários a cada troca de governo e a paralisia institucional. Dessa forma, ao criar o regime jurídico único, a intenção do Constituinte em 1988 era estabelecer um sistema de mérito no serviço público brasileiro e pôr fim a práticas patrimonialistas que se perpetuavam há décadas no país, inclusive durante o período da ditadura militar.

Para Bresser Pereira, a criação de um regime unificado, que garante estabilidade ampla e irrestrita a todas as categorias de servidores e não leva em consideração as peculiaridades das diferentes funções desempenhadas pelo Estado, resultou em um sistema contraditório e ineficiente⁵⁰. Servidores públicos excessivamente protegidos pela estabilidade e por planos de carreira que preveem remunerações iniciais mais altas do que os de mercado, porém sem grandes progressões funcionais e salariais ao longo da carreira, acabam, na visão do autor, desmotivados de exercer suas funções com empenho e

⁴⁷ Alguns dos princípios do *New Public Management* são: (i) busca pela eficiência por meio de controle financeiro e privatizações, (ii) horizontalização e descentralização decisória, (iii) busca pela excelência e maior participação dos funcionários na inovação e produção de novas soluções “de baixo para cima”, e, em sua variável mais à centro-esquerda, (iv) valorização da qualidade do serviço prestado e ênfase na participação e *accountability* (ANDREWS, Christina W. *Da Década Perdida à Reforma Gerencial: 1980-1998*. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. *Administração Pública no Brasil: breve história política*. São Paulo: Editora UNIFESP, 2010. p. 95-97.

⁴⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. *Revista do Serviço Público - RSP*, Ano 47, V. 120, N.1, jan./abril 1996, pp. 07-39, p. 11.

⁴⁹ GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 262.

⁵⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. Cit.* p. 14-15.

dedicação e dependentes de funções gratificadas (DAS) criadas apenas para lhes assegurar aumentos remuneratórios disfarçados.

Bresser Pereira critica, ainda, a obrigatoriedade de realização de concursos públicos por todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta. Para o ex-ministro, a norma constitucional levou ao engessamento da gestão administrativa, especialmente nas empresas estatais. Ademais, a regra impediria a progressão funcional de bons funcionários e os relegaria a desempenhar as mesmas atividades ao longo de toda a sua carreira, contribuindo para a sua desmotivação⁵¹.

Destaca, ainda, que a Constituição de 1988 havia sido responsável por criar e consolidar uma série de privilégios, contrariando seu próprio “*espírito burocrático racional-legal*”⁵² e contribuindo para o agravamento da crise fiscal em que o país já se encontrava desde os últimos anos do período militar. Como exemplos, cita a concessão de estabilidade a milhares de funcionários públicos não concursados pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o regime próprio de previdência dos servidores, que, na época da publicação do texto, adotava regras de aposentadoria integral para seus segurados⁵³.

A partir desse diagnóstico, propõe uma ampla reforma administrativa no Brasil, pautada nos pilares da descentralização e da desburocratização do Estado. Na frente da descentralização, pretendia, de um lado, fortalecer as atividades estratégicas da administração, por meio da criação de agências reguladoras e agências executivas, e, de outro, a partir da ideia de subsidiariedade, privatizar empresas estatais e criar novas formas de prestação de serviços públicos por entidades privadas, como as organizações sociais e as delegatárias (concessionárias e permissionárias). Já na frente da desburocratização, o plano mirava na reforma do regime jurídico dos servidores públicos. Propunha-se a extinção do regime jurídico único e a admissão de funcionários públicos celetistas para desempenhar atividades estatais não exclusivas, bem como a criação de mecanismos para fortalecer a responsividade dos servidores públicos.

Embora afirme expressamente que a concretização de suas reformas dependeria não só da alteração do texto constitucional e da aprovação de leis e regulamentos, mas

⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. Cit.* p. 19-23.

⁵² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. Cit.* p. 15.

⁵³ A integralidade permite o cálculo de proventos de aposentadoria com base no último salário de contribuição do segurado, independente do seu histórico remuneratório. Ela existiu no regime próprio de previdência social (aquele destinado aos servidores públicos) até a sua extinção pela Emenda Constitucional nº 41/2003, ressalvadas as regras de transição estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

também de uma mudança na cultura e na gestão brasileiras, de modo a expurgar de vez resquícios patrimonialistas, Bresser Pereira encerra seu texto de maneira otimista. Para ele, debates avançavam nesse sentido e a sociedade brasileira parecia concordar com a necessidade das mudanças.

De fato, na segunda metade da década de 1990 foi aprovada uma série de leis dedicadas à implantação de um novo modelo de administração gerencial, a exemplo da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e da Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais). O ápice do movimento foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que, de forma bastante simbólica, introduziu a eficiência no rol de princípios da Administração Pública, e consagrou importantes alterações no texto constitucional, como (i) o fim do regime jurídico único, (ii) a criação das agências executivas, (iii) a possibilidade de perda do cargo, pelo servidor estável, por avaliação de desempenho insuficiente, (iv) o aumento do período de estágio probatório de dois para três anos, (v) a exigência de aprovação em avaliação especial para a aquisição de estabilidade e (vi) a necessidade de estabelecimento de critérios para provimento de cargos em comissão e reserva de parcela destes a servidores de carreira⁵⁴.

Passados mais de vinte anos da aprovação da reforma gerencial, é possível fazer um balanço dessas iniciativas. Em que pesem as possíveis ressalvas⁵⁵, as mudanças dedicadas à descentralização ganharam tração ao longo dessas mais de duas décadas. Empresas estatais, como a Vale e a Embraer, foram privatizadas, agências reguladoras foram criadas, organizações sociais se expandiram, concessões foram implantadas e posteriormente aperfeiçoadas pela Lei nº 11.079/2004, que criou as modalidades patrocinada e administrativa. Além disso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das agências reguladoras (ADI nº 1.949) e das organizações sociais (ADI nº 1923).

Contudo, as medidas reformistas voltadas para a desburocratização não tiveram a mesma sorte. Poucas agências executivas foram implantadas, a lei complementar que deveria regulamentar as avaliações de desempenho e a lei ordinária que deveria disciplinar os cargos em comissão até hoje não foram editadas, as avaliações especiais ao final do período de estágio probatório para aquisição de estabilidade mostram-se pouco rigorosas

⁵⁴ O rol aqui citado se refere aos seguintes dispositivos da Constituição de 1988: art. 39, caput; art. 37, § 8º; art. 41, § 1º, III; art. 41, caput; art. 41, § 4º e art. 37, V.

⁵⁵ Frederico Lustosa da Costa traz contraponto mais cético às reformas gerenciais em: COSTA, Frederico Lustosa da. *Estado, Reforma do Estado e Democracia no Brasil da Nova República*. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 32, n. 4, pp. 71-82, jul/ago 1998, p. 80.

ou mesmo inexistentes⁵⁶ e, sobretudo, o regime jurídico único foi restabelecido por decisão do STF na ADI nº 2.135, em 2007.

Na ocasião, a Suprema Corte, por maioria, concedeu medida cautelar para declarar formalmente inconstitucional a alteração promovida no artigo 39, caput, da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/1998, no sentido de extinguir o regime jurídico único. O voto vencedor⁵⁷ argumentou que a alteração normativa em questão havia sido destacada do texto principal da proposta de emenda constitucional para ser votada em separado, mas não havia atingido o quórum para aprovação⁵⁸. Não obstante sua rejeição em primeira votação, a extinção do regime jurídico único foi novamente incluída em pauta no segundo turno e acabou incluída no texto promulgado.

O STF entendeu que a manobra representou uma violação ao devido processo legislativo e, dessa forma, restabeleceu, com efeitos *ex nunc*, a redação originária do dispositivo impugnado, promovendo o retorno da exigência de adoção de regime jurídico único pelas pessoas jurídicas de direito público. Foram preservadas as admissões de empregados públicos realizadas entre a publicação da EC nº 19, em 05 de junho de 1998, e a decisão em questão, datada de 02 de agosto de 2007. Por outro lado, deixou de ser possível a realização de novos concursos públicos para ingresso de celetistas na administração direta e autárquica⁵⁹.

4. *By-passes* ao Regime Jurídico Único e à própria função pública

A história de extinção e restabelecimento do regime jurídico único pode ser encontrada em diversos manuais de direito administrativo, bem como em artigos

⁵⁶ O risco de inobservância do dever de submissão do servidor público a uma avaliação especial como condição para a aquisição de estabilidade é objeto de preocupação do Enunciado nº 37, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal.

⁵⁷ O voto vencido, iniciado pelo Ministro Nelson Jobim e acolhido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa argumentava, principalmente, que o longo lapso temporal transcorrido desde a aprovação da EC nº 19, em junho de 1998, e a conclusão do julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.153, em agosto de 2007, havia levado à descaracterização da urgência e do *periculum in mora*. Destacou-se que, nesse interim, diversos entes federativos, inclusive a União Federal, haviam editado leis que regulamentavam o ingresso de empregados públicos celetistas em pessoas de direito público e, portanto, uma decisão judicial proferida àquele momento não mais seria possível de evitar o dano pretendido.

⁵⁸ O Destaque para Votação em Separado – DVS nº 9 havia recebido em primeiro turno 298 votos, dez a menos do que os 308 necessários para atingir os três quintos exigidos para a aprovação de emendas ao texto constitucional.

⁵⁹ O mérito da ADI nº 2.135 até hoje não foi julgado. Em 03 de setembro de 2020, a atual relatora do processo, Ministra Cármen Lúcia, proferiu seu voto, no sentido de confirmar a liminar conferida em 2007 em favor da inconstitucionalidade formal do regime jurídico único. Outras alterações promovidas pela EC nº 19/1998, no entanto, foram consideradas constitucionais pela relatora. Após o voto, o julgamento foi novamente suspenso. (Vide: STF, Informativo de Jurisprudência nº 989. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo989.htm>> Acesso em 22.nov.2020).

científicos especializados. Porém, normalmente, os trabalhos se encerram após um comentário à medida cautelar do STF na ADI nº 2.135, tendo em vista que o mérito da ação em questão até hoje ainda não foi julgado. O presente artigo pretende dar um passo além e analisar, sob um ponto de vista mais amplo, como a administração brasileira se configurava antes desta decisão e como ela se estruturou após a restauração do RJU. A partir deste estudo, pretende-se demonstrar que, assim como iniciativas anteriores de se estabelecer um funcionalismo público meritocrático no país, o regime jurídico único, desde a sua instituição em 1988, enfrenta uma série de esforços para seu esvaziamento.

Esta seção se dedica, assim, a analisar algumas das principais formas de *by-pass* ao regime jurídico único e os motivos que levaram a seu surgimento. No entanto, a análise empreendida nesta seção busca apenas descrever as razões que levaram à formação de alguns dos principais desvios ao regime jurídico único; não se pretende investigar se as soluções desenvolvidas a partir dessas demandas são, de fato, as mais eficientes ou mesmo legítimas para o funcionamento da máquina pública.

Sob esse aspecto puramente descritivo, as razões que levam à formação desses *by-passes* ao regime jurídico único podem ser divididas em três grandes grupos, que podem estar presentes em cada caso concreto de maneira isolada ou combinada. O primeiro abrange os motivos de natureza política, que surgem a partir do interesse de agentes em manter práticas de patronagem e clientelismo e, para isso, criam instrumentos que lhes permitem empregar aliados na máquina pública. O segundo está ligado a demandas de gestão administrativa; nesses casos, gestores públicos impedidos de aumentar despesas com pessoal ou frustrados com a rigidez institucional do regime estatutário buscam saídas heterodoxas para garantir a prestação de serviços públicos, como as terceirizações, as contratações temporárias e a criação de entidades celetistas. Por fim, o terceiro grupo diz respeito a razões de natureza corporativista e rentista: grupos de interesses de servidores públicos mais bem posicionados politicamente buscam aprovar leis que lhes assegurem regimes mais vantajosos do que o geral ou obstar a edição de normas que possam lhes suprimir alguma vantagem já conquistada.

Para Mariana Mota Prado, o *by-pass* institucional possui quatro requisitos: não modifica a instituição original, cria um caminho alternativo, aspira a ser mais eficiente e funcional e visa a atender a um determinado objetivo dentro do sistema em que opera⁶⁰. Alguns dos desvios aqui analisados, especialmente aqueles em que preponderam as

⁶⁰ PRADO, Mariana Mota. *Institutional By-pass: an alternative for development reform*. p. 32. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442> Acesso em 29.nov.2020.

razões de gestão, enquadram-se como *by-passes* típicos, atendendo aos quatro requisitos elencados acima. Já outros podem ser considerados *by-passes* imperfeitos, na medida em que visam sobretudo a atender a interesses políticos e corporativistas, faltando-lhes o requisito de aspirar a uma maior eficiência e funcionalidade da máquina pública.

Além disso, em algumas ocasiões, as manobras vêm acompanhadas de uma burla mais ampla ao sistema de mérito, principalmente nos casos em que são adotados mecanismos de seleção de pessoal que não exigem a realização de concursos públicos. Em outras hipóteses, como ocorre nos casos em que é adotado o regime celetista, o contorno se concentra no RJU, mas o sistema de mérito é, em maior ou menor grau, preservado, visto que empregados públicos também são admitidos por meio de concursos públicos⁶¹.

Chamam, ainda, a atenção decisões recentes do STF que validaram tanto normas que adotam regimes celetistas em pessoas de direito público, quanto leis que criam pessoas jurídicas de direito privado para o exercício de atividades típicas de estado. Apesar de a Corte ter restabelecido o regime jurídico único, precedentes mais atuais mostram uma tendência de sua flexibilização. Passemos, então, à análise dos mais comuns desses

4.1 Contratações Temporárias

O artigo 37, IX da Constituição de 1988 admite a contratação de agentes públicos por prazo determinado “*para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”. Cada ente federativo deve editar a sua própria lei disciplinando as hipóteses e condições em que podem ocorrer essas contratações e o regime jurídico a que os contratados serão submetidos. Dentro dessa margem de escolha, as leis que regem as contratações por prazo determinado de alguns entes optam por estabelecer um rol – geralmente bastante enxuto – de direitos a que seus temporários farão jus, enquanto outros diplomas apenas se remetem às regras da CLT⁶².

⁶¹ O STF possui, ainda, precedente em que considera necessária a motivação do ato de dispensa de empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC). Vide: STF, RE nº 589.998 ED. Rel. Min. Roberto Barroso. Plenário. DJ 10.10.2018. Contudo, a Justiça do Trabalho entende que aos empregados públicos se aplica o instituto da dispensa imotivada, haja vista sua condição de celetistas (OJ 247 da SDI1 do TST). O STF possui outro recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, porém pendente de julgamento, em que pretende discutir a necessidade de motivação para dispensa de empregados públicos de quaisquer órgãos ou entidades (RE nº 688.267).

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2015, p. 92-93.

É comum nos manuais de direito administrativo a afirmação de que as contratações por prazo determinado representariam uma exceção ao regime jurídico único criada pela própria Constituição, na medida em que seu texto prevê que os temporários serão regidos por lei própria⁶³. Entretanto, não raro as contratações temporárias são realizadas para atender não a necessidades transitórias, mas sim a demandas permanentes da Administração Pública.

De acordo com o Atlas do Estado Brasileiro, entre 1994 e 2017, houve um aumento do número de servidores temporários nos três níveis federativos. Na média nacional, os vínculos de natureza temporária aumentaram de 1,1% para 7,4% do total do funcionalismo público brasileiro⁶⁴. Nos Estados, os números podem ser ainda maiores. Dados do Banco Mundial demonstram que, em 2016, 41% dos servidores do Mato Grosso eram temporários; em 2017, o percentual em Santa Catarina chegava a 32% e, em 2018, era de 20% no Paraná⁶⁵.⁶⁶

As contratações por prazo determinado se fazem particularmente presentes nas áreas de educação e saúde públicas. Na saúde, cerca de 34% dos médicos que atuam no sistema único de saúde são contratados temporariamente, enquanto apenas 12% são estatutários e 13%, celetistas⁶⁷. Já na área da educação, dados do Censo Escolar de 2012, última edição que contou com estatísticas sobre os tipos de vínculos de todos os professores da rede pública e não apenas dos diretores de unidades escolares, indicavam que em sete Estados havia mais professores temporários do que efetivos: Espírito Santo (71%), Mato Grosso (66,1%), Acre (62,9%), Ceará (60,2%), Mato Grosso do Sul (60,1%), Santa Catarina (59,8%) e Paraíba (51,9%). A média nacional à época era de 27%

⁶³ Por todos, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 710.

⁶⁴ LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. *Atlas do Estado Brasileiro: três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017)*. IPEA, 2017. O estudo pode ser encontrado em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017>> Acesso em 23.nov.2020. Merilee Serrill Grindle cita que, no ano de 2001, 10.597 temporários foram contratados pela administração pública brasileira, enquanto apenas 660 servidores efetivos foram empossados no mesmo período (GRINDLE, Merilee Serrill. *Op. Cit.*, p. 214).

⁶⁵ BANCO MUNDIAL, *Gestão de Pessoas e Folhas de Pagamento no Direito Público Brasileiro: o que os dados dizem?* 2019, p. 69.

⁶⁶ Matéria veiculada na imprensa em 08 de dezembro de 2020 aponta que, mesmo na União, há uma franca ascensão das contratações temporárias. Segundo dados do Ministério da Economia, entre janeiro e outubro de 2020 ingressaram na Administração federal 22.871 contratados temporariamente, mas apenas 665 servidores públicos efetivos. Vide: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,contratacao-por-concurso-e-a-menor-em-10-anos-governo-usa-temporarios,70003543621>> Acesso em 08.dez.2020.

⁶⁷ MACHADO, Maria Helena; et. al. *Tendências do Mercado de Trabalho em Saúde no Brasil*. In: In: PIERANTONI, Celia; DAL POZ, Mario Roberto; FRANÇA, Tania (Org.). *O Trabalho em Saúde: abordagens quantitativas e qualitativas*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: CEPESC, UERJ, 2011, v. 1, pp. 103-116. Os números já foram ainda piores. De acordo com o Atlas do Estado Brasileiro, em 2003, 75% dos funcionários do Ministério da Saúde eram temporários (vide referência na nota acima).

de vínculos temporários. O Censo Escolar de 2019 mostra que 20,6% dos diretores de escolas da rede pública de ensino mantêm contratos temporários com o poder público, não sendo disponibilizadas estatísticas quanto aos professores de modo geral⁶⁸.

As causas para o aumento de contratações temporárias são variadas, mas se observa que as principais delas são relacionadas ao atendimento de demandas relativas à gestão pública. Há casos em que a realização de concurso público não é possível porque o cargo de provimento efetivo já está preenchido, mas o seu ocupante encontra-se em afastamento prolongado, tais como licença-prêmio, licença-maternidade, licenças para estudo no exterior ou licenças não remuneradas para tratar de assuntos pessoais⁶⁹. Nessas situações, a contratação temporária pode ser uma forma de atender à demanda por serviços públicos.

Outra possível causa ligada à gestão pública para o aumento de servidores temporários é o menor impacto orçamentário desse tipo de contratação em comparação à realização de concursos para servidores efetivos. Em primeiro lugar, as leis disciplinam as contratações temporárias em geral asseguram remunerações mais baixas e menos benefícios aos funcionários temporários⁷⁰. Além disso, como agentes temporários não são segurados do regime próprio de previdência, esses trabalhadores não terão vínculos previdenciários futuros com o poder público, diferentemente dos servidores de carreira. Em entes federativos pressionados pelo aumento das despesas com pessoal⁷¹, contratações temporárias muitas vezes podem ser uma das únicas alternativas para

⁶⁸ O Censo Escolar é realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP e seus relatórios encontram-se disponíveis em: <<http://portal.inep.gov.br/censo-escolar>> Acesso em 23.nov.2020.

⁶⁹ BANCO MUNDIAL, *Gestão de Pessoas e Folhas de Pagamento no Direito Público Brasileiro: o que os dados dizem?* 2019, p. 68.

⁷⁰ O STF entende que temporários só fazem jus a 13º salário e terço de férias se houver previsão na lei de sua regência ou em casos de desvirtuamento da função, após sucessivas prorrogações do contrato (STF, RE nº 1.066.677, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.05.2020, Tema nº 551). Decisão do Tribunal Superior do Trabalho – TST entendeu que a contratada temporariamente não faz jus à estabilidade da gestante se o direito não estiver assegurado na norma de regência de seu vínculo (TST, proc. nº 0005639-31.2013.5.12.0051, Plenário, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJe 29.07.2020). O STF, por outro lado, possui precedente em que reconhece o direito à estabilidade da gestante às servidoras temporárias (STF, RE nº 629.053, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJ 10.10.2018).

⁷¹ LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. *Atlas do Estado Brasileiro: três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017)*. IPEA, 2017. O estudo pode ser encontrado em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017>> Acesso em 23.nov.2020. Ver também: SANTOS, Josenildo dos; *et. al. Gestão dos gastos de pessoal na administração pública brasileira: avanços após a implementação da lei de responsabilidade fiscal*. Revista Administração em Diálogo, vol. 8, n. 1, 2006, pp. 1-16.

garantir a continuidade de serviços públicos sem exceder – ao menos formalmente – os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal para gastos de pessoal⁷².

Há, também, razões de ordem política que justificam as contratações temporárias. As contratações temporárias não exigem a realização de concursos públicos para seleção de pessoal. Em âmbito federal, por exemplo, em regra é feito um processo seletivo simplificado que envolve análise curricular e, eventualmente, provas escritas, mas este procedimento pode ser dispensado em determinados casos⁷³. Dessa forma, é mais fácil que apadrinhados de agentes políticos sejam selecionados nesses processos do que em concursos públicos para servidores estatutários, podendo os postos de trabalho por prazo determinado servir de moedas de apoio político para construção de coalizões.

De modo semelhante, as contratações temporárias não asseguram estabilidade aos funcionários. Os direitos dos empregados serão aqueles previstos no próprio contrato por prazo determinado, o que torna mais fáceis o desligamento de trabalhadores que não desempenhem suas funções de modo satisfatório. Agentes políticos com inclinações autoritárias podem, ainda, se valer dessa flexibilidade para substituir servidores temporários que manifestem preferências ideológicas contrárias às suas.

4.2 Contracting Out: Terceirizações, Organizações Sociais e Parcerias Público-Privadas

A possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos de terceirização de atividades-meio, de apoio, há tempos é sedimentada na jurisprudência brasileira⁷⁴. Há, contudo, dois pontos que merecem destaque. O primeiro deles é a distinção nem sempre clara entre atividades-meio e atividades-fim na Administração Pública. Algumas funções que exigem menor escolaridade formal, tais como limpeza e segurança, têm sido objeto de amplas terceirizações em todos os níveis federativos⁷⁵, ao passo que outras suscitam maiores dúvidas. Na União, há normas⁷⁶ que trazem diretrizes para a execução indireta,

⁷² Críticas a contratações temporárias como medidas de “contabilidade pública criativa” podem ser encontradas em: MOTTA, Fabrício. *A contratação de pessoal por prazo determinado e a lei de responsabilidade fiscal*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 1, n. 11, nov. 2002.

⁷³ O processo seletivo simplificado pode ser dispensado para contratações temporárias que visem a atender a calamidades públicas, emergências ambientais e emergência em saúde pública (Lei nº 8.745/1993, art. 3º, § 1º). Nas demais hipóteses, pode envolver análise curricular, provas escritas e outras etapas previstas no edital (Lei nº 8.745, art. 3º e Decreto nº 4.748/2003).

⁷⁴ Vide Súmula TST nº 331.

⁷⁵ LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. *Op. Cit.*

⁷⁶ Decreto nº 9.507/2018 e Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 5/2017.

mediante contratação, de serviços da administração federal, mas nem todos os entes federativos possuem normas semelhantes, dificultando uma definição mais precisa de quais atividades podem ser terceirizadas.

Para além da existência de uma zona de penumbra, o segundo ponto de atenção é que, muito embora a terceirização em tese só possa ocorrer nas chamadas atividades-meio da Administração Pública, com frequência ela atinge também atividades finalísticas. Relatório produzido pela Fundação Getúlio Vargas descreve em detalhes dois estudos de casos, um no Ministério da Saúde e outro no Instituto Nacional do Seguro Social. Em ambos, são narradas as dificuldades enfrentadas por gestores destes órgãos para substituir, por servidores efetivos, funcionários terceirizados que desempenhavam atividades centrais após anos sem autorização dos órgãos de planejamento para a realização de concursos públicos⁷⁷. Corroborando essas informações, o Atlas do Estado Brasileiro aponta que, até 2005, o Ministério do Planejamento informou ao Tribunal de Contas da União ter substituído 24.306 servidores terceirizados, contratados através de empresas, organismos internacionais ou fundações privadas⁷⁸, por concursados⁷⁹.

Além das terceirizações, outro fenômeno comum nas últimas décadas é o crescimento da celebração de contratos de gestão com organizações sociais prestadoras de serviços de interesse social e serviços públicos não exclusivos, notadamente na área da saúde. Os contratos de gestão são uma espécie de delegação de atividades estatais, não se restringindo às atividades-meio. No entanto, têm em comum com as terceirizações o fato de possibilitarem que empregados de entidades privadas passem a desempenhar tarefas que anteriormente eram realizadas por servidores públicos. Na terceirização, funcionários das empresas contratadas pelo Estado desempenham atividades de apoio,

⁷⁷ As dificuldades na realização de concursos públicos na área da saúde também são descritas por FONTAINHA, Fernando de Castro *et. al.* *Processos Seletivos para a Contratação de Servidores Públicos: Brasil, o país dos concursos?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014, p. 81-85.

⁷⁸ Os concursos foram fruto de termo de ajustamento de conduta celebrado pela União com o Ministério Público do Trabalho. Os *by-passes* aqui descritos são narrados por GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 214. O relato pode ser encontrado em páginas oficiais do governo federal. Vide: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/planejamento/concursos-recuperam-forca-de-trabalho-e-substituem>> Acesso em 01.dez.2020.

⁷⁹ Paul Verkuil narra fenômeno semelhante nos Estados Unidos da América: a ampliação do número de trabalhadores terceirizados e a redução de *civil servants* de carreira nos últimos anos e as consequências desta migração de vínculos para a continuidade de políticas públicas e a qualidade de serviços públicos no país (VERKUIL, Paul R. *Valuing Bureaucracy: the case for professional government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017). Um apelo neoweberiano às burocracias de carreira no contexto estadunidense também aparece em: DIUILIO JR., John J. *Bring Back the Bureaucrats: why more federal workers will lead to better (and smaller!) government*. West Conshohocken: Templeton Press, 2014.

enquanto nos contratos de gestão, empregados da OS, entidade privada sem fins lucrativos, atuam diretamente da prestação dos serviços descentralizados.

No caso das organizações sociais, a atuação de contratados pela entidade do terceiro setor na prestação direta de serviços público não importa um desvio de finalidade do modelo, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.923, rechaçou expressamente a tese dos requerentes de que as OSs representariam uma terceirização indevida de atividades finalísticas do poder público. Por outro lado, embora os contratos de gestão sejam considerados constitucionais, é inegável que representam uma fuga – ainda que lícita – ao regime jurídico dos servidores públicos⁸⁰.

Uma terceira figura que também envolve a atuação de entidades privadas na prestação de atividades de interesse público como forma de *by-pass* ao regime jurídico da função pública são as parcerias público-privadas (“PPPs”), regidas pela Lei nº 11.079/2004. Nas concessões patrocinadas e administrativas, ambas espécies de PPPs, o concessionário irá, ao término da fase de obras, prestar um serviço público ou administrar um equipamento público em substituição à atuação direta da Administração Pública.

Em específico, nas concessões administrativas, que não envolvem cobrança de tarifa dos usuários, o parceiro privado com frequência passa a prestar serviços públicos que até então eram desempenhados por servidores públicos. Dentro deste gênero, enquadram-se, por exemplo, PPPs para gestão de hospitais públicos e presídios. Assim, em vez de o poder público realizar concursos públicos para selecionar servidores que iriam realizar as diretamente aquelas atividades, é celebrado, por meio de licitação, um contrato com um concessionário que irá contratar as equipes necessárias ao cumprimento do objeto. Esses trabalhadores são empregados da entidade privada e, por isso, não se sujeitam às regras do funcionalismo público.

Algumas causas para a expansão das terceirizações, dos contratos de gestão com organizações sociais e das parcerias público-privadas são similares às que levam ao crescimento das contratações temporárias: restrições orçamentárias a aumentos de despesas com pessoal, busca por regras de contratação menos engessadas e maiores

⁸⁰ O objetivo deste artigo, contudo, não é discutir os limites e as possibilidades das Organizações Sociais. Estudos, em geral, apontam resultados ambíguos de sua atuação. Alguns contratos de gestão produzem ganhos de eficiência nos serviços públicos que administram, enquanto outros acabam gerando uma redução nesta qualidade. Os fatores que levam ao sucesso ou ao insucesso de um contrato gestão, na prática, não fazem parte do escopo deste trabalho. Para estudos de casos de Organizações Sociais, vide por exemplo: NASCIMENTO, José Orcelio; *et. al. Gestão Privada na Saúde Pública em São Paulo: um estudo de caso de organização social de saúde*. Revista Práticas de Administração Pública, vol. 1, n. 2, mai/ago 2017, pp. 71-88 e BRITO GUERRA, Lenin Cavalcanti; *et. al. Práticas de Gestão em Organizações Sociais: um estudo de caso do MLST/RN*. Revista Ciências Administrativas, vol. 18, n. 1, jan/jun 2012, pp. 268-300.

espaços para o preenchimento de funções por aliados políticos. Ademais, no caso das OS e das PPPs há um motivo adicional: a desnecessidade de realização de licitações para a aquisição de quaisquer materiais, bens, obras ou serviços que se façam necessários para o desempenho daquele serviço público⁸¹.

Em comum entre as três figuras descritas neste item, tem-se a contratação (em sentido amplo) de uma entidade privada para desempenhar atividades que a princípio seriam prestadas diretamente pelo poder público, fenômeno abarcado pela expressão da língua inglesa *contracting out*. Nos três casos, parece haver um misto de razões de gestão com atendimento de interesses políticos para justificar esse movimento, ao qual Mariana Mota Prado denomina *by-pass* público-privado⁸².

4.3 Cargos em Comissão

De acordo com o artigo 37, V da Constituição de 1988, os cargos em comissão destinam-se às funções de direção, chefia e assessoramento e deveriam ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Como visto, esta lei até hoje não foi editada, muito embora o dispositivo constitucional estabeleça este comando desde a sua alteração pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Cargos em comissão para além de funções de direção, chefia e assessoramento

A explicação para essa mora legislativa reside muito mais no campo da ciência política do que no do direito. A nomeação de aliados políticos para cargos de livre provimento é parte importante das negociações políticas para formação das bases de apoio aos Chefes do Poder Executivo no Poder Legislativo, especialmente quando estes negociam com lideranças de outros partidos além de seu próprio. O sistema político brasileiro é altamente fragmentado, revelando-se muito difícil que o partido do Chefe do Executivo possua, sozinho, a maioria dos assentos no Legislativo. Assim, a construção de alianças com outros partidos é fundamental para a aprovação de projetos de lei de interesse do governo e, de modo mais amplo, garantir estabilidade institucional. Um dos

⁸¹ As terceirizações, em regra, envolvem a realização de licitação pelo órgão ou entidade contratante, cabendo ao vencedor do certame fornecer a mão-de-obra, os insumos, os materiais e os serviços previstos no edital e no contrato. A contratação de PPP também é precedida de licitação, mas o objeto do certame refere-se à escolha do parceiro-privado. Já a celebração de contrato de gestão é hipótese de dispensa de licitação (Lei nº 8.666/93, 24, XXIV), sendo usualmente realizados processos seletivos simplificados por meio de chamamentos públicos.

⁸² PRADO, Mariana Mota. *Institutional By-pass: an alternative for development reform*. p. 36. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442> Acesso em 29.nov.2020.

principais instrumentos de formação de coalizões é a indicação de apadrinhados políticos para cargos em comissão⁸³.

Nesse sentido, a aprovação de uma lei que estabeleça percentuais de cargos em comissão a serem necessariamente preenchidos por servidores efetivos, embora seja medida importante para a profissionalização e a neutralidade política da burocracia brasileira, parece ir de encontro aos interesses dos próprios agentes políticos, tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo, visto que a norma deixaria menos cargos disponíveis para negociações políticas.

Os instrumentos do presidencialismo de coalizão e a ação autointeressada de parlamentares são amplamente estudados pela ciência política brasileira⁸⁴. No entanto, há um elemento sobre o preenchimento de cargos em comissão que vem sendo pouco enfatizado: o fato de muitas dessas posições serem ocupadas por pessoas comuns, sem grandes padrinhos políticos, e que desempenham funções ordinárias, e mesmo subalternas, na estrutura da máquina pública.

Particularmente nos entes subnacionais, é comum que recepcionistas, motoristas, agentes administrativos e burocratas de modo geral sejam servidores não efetivos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, muito embora suas atividades nada tenham de direção, chefia nem assessoramento. O Estado do Tocantins possui um caso quase anedótico, com a aprovação de lei – posteriormente declarada inconstitucional pelo STF – que criava mais cargos em comissão (35 mil) do que efetivos (29 mil)⁸⁵.

Mesmo na União Federal a prática já foi bastante comum. Em 2004, os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração representavam 9,52% do total dos cargos da Administração Pública federal⁸⁶. Além disso, segundo o Atlas do Estado Brasileiro, em 2003, 95% da força de trabalho do Ministério do Meio Ambiente era composta por terceirizados e comissionados⁸⁷.

A existência de cargos em comissão é importante para garantir responsividade na administração pública. É natural que, a cada ciclo político, representantes eleitos possam selecionar pessoas de sua confiança para trabalhar em seus gabinetes e auxiliar na

⁸³ PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RAILE, Eric. *Presidencialismo de Coalizão e Recompensas Paralelas*. In: INÁCIO, Magda; RENNÓ, Lucio. *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234. p., 211-214.

⁸⁴ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁸⁵ STF, ADI 4.125/TO. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ 10.06.2010.

⁸⁶ GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 147.

⁸⁷ LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. *Op. Cit.*

implantação do projeto político vencedor no processo democrático. No entanto, quando posições de livre provimento são criadas em desproporção ao número de servidores de carreira, há um prejuízo não só à profissionalização e à neutralidade da burocracia, os dois pilares do sistema weberiano, mas também à preservação da memória institucional da administração pública, na medida em que as experiências pretéritas se perdem a cada troca de comando e substituição de quase todo o corpo burocrático⁸⁸.

Embora seja conveniente para agentes políticos que existam cargos de livre provimento disponíveis para serem preenchidos por novos ocupantes, mais alinhados, caso necessário, não parece razoável que todos os esses cargos em comissão fossem preenchidos apenas por apadrinhados de autoridades. Há também ocupantes de cargos em comissão que são indicados com base em suas boas referências profissionais⁸⁹, assim como aqueles que são escolhidos a partir de processos seletivos de ampla concorrência⁹⁰.

As razões para a perpetuação de agentes em comissão não são exclusivamente políticas, podendo ser também explicada sua permanência a partir de restrições orçamentárias a contratações efetivas e necessidades de gestão. A realização de concursos públicos e até mesmo as contratações temporárias dependem de autorização dos órgãos de planejamento, ao passo que a nomeação de comissionados – se já houver cargos vagos na estrutura do órgão ou entidade – compete apenas à direção superior da pasta. Se não é autorizada uma contratação mais permanente, o funcionário extraquadro pode ser a única opção de garantir a continuidade de atividades administrativas.

Ademais, assim como no caso dos temporários e terceirizados, o comissionado também não forma um vínculo permanente com a Administração Pública e é segurado do regime geral de previdência social⁹¹, não representando um gasto previdenciário de longo prazo. Seu regime jurídico também é, na maior parte das vezes, ainda mais precarizado,

⁸⁸ VERKUIL, Paul R. *Valuing Bureaucracy: the case for professional government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 22 e 94.

⁸⁹ Eduardo Dargent discorre sobre a autonomia conquistada, em determinados cenários, por tecnocratas ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração, como Ministros da Economia, em países da América Latina em relação aos agentes políticos que os nomeiam justamente devido à legitimidade que advém de sua expertise técnica (DARGENT, Eduardo. *Technocracy and Democracy in Latin America: the experts running government*. New York: Cambridge University Press, 2015. pp. 36-38).

⁹⁰ Atualmente, com vistas a ampliar o número de ocupantes mais técnicos de cargos em comissão, os Decretos nº 9.021/2017 e 9.727/2019 estabelecem, em nível federal, percentuais de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, bem como requisitos mínimos de qualificação profissional que seus ocupantes, inclusive os que não fazem parte do quadro permanente de pessoal da Administração, devem atender. O Supremo Tribunal Federal possui, ainda, alguns julgados em que busca fixar critérios para a criação de cargos em comissão (por exemplo, STF, RE 1.041.210, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28.09.2018).

⁹¹ Desde a Emenda Constitucional nº 20/1998, o art. 40 da Constituição não mais permite que ocupantes de cargo exclusivamente em comissão (extraquadro) contribuam para o regime próprio de previdência.

uma vez que não contam nem com as proteções da CLT nem com regras estatutárias específicas⁹². Não obstante, nos órgãos onde há poucos (ou mesmo nenhum) servidores efetivos, são esses comissionados mais profissionalizados que garantem uma atuação técnica e a preservação da memória administrativa.

4.4 Adoção do regime celetista na administração indireta

Algumas formas de *by-pass* ao regime jurídico dos servidores públicos são mais organizadas do que aquelas mencionadas até então. Contratações temporárias, terceirizações, contratos de gestão e criação de cargos em comissão muitas vezes surgem da necessidade prática de garantir a prestação de serviços públicos e o funcionamento da máquina estatal em contextos de restrições à realização de concursos públicos, sobretudo à luz das limitações de despesas com pessoal impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Contudo, existem também soluções desenvolvidas para selecionar pessoas para vínculos mais permanentes com a administração, mas escapando-se do regime jurídico único, especialmente o estatutário. Nesses casos, os problemas que se pretende contornar não são as dificuldades e os eventuais inconvenientes de se realizar concursos (e, conseqüentemente, ampliar o quadro permanente), mas sim a rigidez institucional trazida pelo regime estatutário – e de, modo mais amplo, pelo próprio regime de direito público que usualmente permeia as relações da administração direta e autárquica. Neste cenário, as saídas encontradas costumam ser a criação de entidades de direito privado ou a instituição do regime celetista em pessoas jurídicas com personalidade de direito público. Ambas as soluções, embora não sejam propriamente novidade na história brasileira⁹³, têm encontrado acolhida na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, inclusive superando entendimentos anteriormente consolidados da Corte.

A criação de entidades da administração indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado para desempenhar atividades típicas de estado, inclusive poder de polícia, recebeu importante aval em outubro de 2020, com a aprovação do Tema nº 532

⁹² O STF assegura apenas alguns direitos constitucionais aos ocupantes de cargos em comissão, como férias remuneradas, 13º salário e licença-maternidade. Vide, por exemplo, RE nº 570.908, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 16.09.2009.

⁹³ Belmiro Valverde Jobim Castor relata que, desde os anos 1930, administradores públicos no Brasil já recorriam amplamente à criação de entidades de direito privado da administração indireta como forma de fugir das amarras do regime público. Vide: CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004. p. 160-163.

da repercussão geral (caso BH-Trans)⁹⁴. No mês seguinte, a Corte julgou constitucional a criação, pelo Estado do Rio de Janeiro, de fundação pública de direito privado para prestar serviços públicos de saúde sob o regime de emprego público (ADI nº 4.247)⁹⁵.

A adoção do regime celetista em entidades com personalidade de direito público também tem avançado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento conjunto das ADC nº 36, ADI nº 5.367 e ADPF nº 367, o STF julgou constitucionais leis que estabeleceram o regime celetista em conselhos profissionais, afirmando tratarem-se de pessoas jurídicas de direito público *sui generis*. O voto vencido do Min. Edson Fachin pretendia admitir os empregos públicos apenas naqueles conselhos cujas leis de criação não prevejam expressamente uma natureza autárquica para essas entidades, mas a tese vencedora não traz qualquer limitação à possibilidade de os conselhos profissionais, mesmo aqueles que sejam caracterizados como autarquias, optarem pelo regime de emprego público.

A combinação dos precedentes dos conselhos profissionais e de BH-Trans permite concluir que o Supremo Tribunal Federal, na prática, superou o entendimento adotado na ADI nº 2.310, na qual havia considerado inconstitucional a adoção do regime celetista por entidades que exercem poder de polícia. O STF assentou, portanto, que é sim possível que entidades celetistas desempenhem atividades típicas de estado, abrindo importante espaço para a flexibilização do regime jurídico único.

Outro passo importante nesta direção ocorreu com as Lei Complementares do Estado de São Paulo nº 1.074/2008 e 1.202/2013, que, mesmo após o restabelecimento do regime jurídico único por medida cautelar deferida na ADI nº 2.135, criaram empregos públicos celetistas na Universidade de São Paulo – USP, autarquia de regime especial integrante da administração indireta paulista. As normas foram consideradas constitucionais pelo STF na ADI nº 5.615, julgada em maio de 2020. A Corte entendeu

⁹⁴ “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial” (STF, RE nº 633.782, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.10.2020).

⁹⁵ Na mensagem enviada ao Poder Legislativo juntamente com o projeto que deu origem à Lei Complementar Estadual nº 118/2007, o Governador do Estado do Rio de Janeiro destacava exatamente a necessidade de levar mais agilidade à gestão da saúde pública, inclusive em relação às contratações de pessoal. É clara a intenção da Mensagem nº 40/2007 de retirar a saúde pública estadual do regime estatutário, em um típico caso de *by-pass*: “o objetivo da proposta ora apresentada é o de viabilizar a instituição de fundação pública, sob o regime de direito privado, para a gestão da área de saúde, com a possibilidade de contratação de funcionários públicos celetistas. (...) traduz-se num moderno modelo administrativo e visa suprir a falta de mecanismos ágeis e eficientes de gerenciamento, inclusive nas áreas de pessoal e de finanças”.

que, como o estatuto dos servidores de São Paulo (Lei nº 10.261/2008) é anterior à Constituição de 1988, o Estado não teria instituído seu regime jurídico único. Assim, embora a mora legislativa configure uma situação indesejada, seria juridicamente possível a criação de empregos celetistas em pessoas de direito público vinculadas à administração paulista.

4.5 Leis Específicas para Carreiras

Os *by-passes* vistos até aqui envolvem formas de fuga do regime estatutário, seja por meio da utilização de outras espécies de vínculos de trabalhadores com a Administração, como os temporários, os comissionados e os empregados públicos celetistas, seja por meio da contratação de entidades privadas cujos funcionários passarão a desempenhar atividades para o poder público, como na terceirização e nos contratos de gestão com organizações sociais.

Entretanto, é igualmente possível que o contorno envolva não o regime estatutário, mas apenas a uniformidade do regime jurídico único, por meio da edição de estatutos próprios para determinadas carreiras. Quando são aprovadas leis específicas de regência de uma carreira, não se está abrindo mão de um regime estatutário, mas sim criando-se para este grupo de funcionários públicos regras diferentes – em geral, mais benéficas – daquelas aplicáveis aos servidores públicos em geral.

Desde que observem a espinha dorsal do regime jurídico da função pública prevista na Constituição⁹⁶, as leis próprias podem criar normas específicas diversas e até contrárias às disposições do estatuto geral de servidores daquele ente federativo. São inúmeros os casos de leis que, ao trazerem regras para determinada carreira, concedem férias superiores a 30 dias, requisitos distintos para promoções, gratificações próprias da carreira e outros benefícios popularmente apelidados de “penduricalhos”.

Esses estatutos muitas vezes refletem o poder de organização e mobilização política de determinadas carreiras de servidores públicos que atuam junto ao legislativo com vistas à aprovação de leis que lhes sejam mais favoráveis. Dessa forma, não são

⁹⁶ O capítulo da própria Constituição é bastante extenso e minudente nas regras gerais da função pública no Brasil. Patrícia Baptista e João Pedro Accioly reconstróem a história da redação desta fatia do texto constitucional e concluem que, desde ali, já havia “uma tentativa de ‘entrancheamento de privilégios de determinados setores do funcionalismo público’” e “uma justificável desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, particularmente os legisladores locais, em regra mais permeáveis a pressões corporativas” (BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. *A Administração Pública na Constituição de 1988*. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 277, n. 2, maio/ago 2018, pp. 45-74, p. 60).

apenas agentes políticos que buscam minar a implantação de sistemas de mérito no funcionalismo público e manter vivas práticas de empreguismo e patrimonialismo. O regime jurídico da função pública estabelecido pela Constituição também pode sofrer *by-passes* motivados pela ação rentista de grupos de interesses formados por servidores públicos em busca de vantagens pessoais.

5. Conclusões

A construção do regime jurídico da função pública no Brasil está longe de ser um processo linear. Se, por um lado, conseguimos construir uma parcela do funcionalismo público pautada em profissionalização, mérito e impessoalidade⁹⁷, por outro, o regime jurídico de nossos servidores ainda padece de corporativismo, ineficiência e baixa responsividade. Em paralelo, também enfrentamos bolsões de persistência de patronagem e empreguismo, bem como práticas de esvaziamento do funcionalismo público.

Em que pesem as diversas iniciativas legislativas que buscaram transformar esta realidade, faltaram avanços na implementação prática dessas medidas. As reformas administrativas ocorridas no Brasil conseguiram alterar normas no papel, mas, embebidas no velho adágio lampedusiano de que as coisas devem mudar para que possam permanecer as mesmas⁹⁸, não foram acompanhadas de transformações de ordem cultural e de gestão. A persistência de uma cultura patrimonialista e empreguista e a manutenção de práticas corporativistas e ineficientes ora impediram que transformações legislativas fossem efetivamente postas em prática, ora construíram instrumentos de burla a normas que buscavam construir um sistema de mérito no funcionalismo brasileiro.

Com isso, ao longo de toda a história administrativa brasileira, reformas que buscaram construir sistemas de mérito, embora cada uma dentro da sua própria visão, foram acompanhadas de movimentos que buscavam manter os regimes anteriores. Uma das estratégias mais comuns para esvaziar mudanças já aprovadas na esfera legislativa é o desenvolvimento de *by-passes*. Os *by-passes* são contrarreformas silenciosas que surgem quando uma norma é considerada ineficiente e buscam construir caminhos alternativos a essa regra, de modo a contorná-la sem a necessidade de sua modificação formal. Os *by-passes* típicos buscam, assim, construir uma alternativa mais eficiente e

⁹⁷ Merilee Serrill Grindle classifica a burocracia brasileira como a mais profissionalizada e meritória da América Latina em GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012, p. 143-151.

⁹⁸ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores*. Curitiba: Travessa dos Editores. 2^a. Ed. 2004. p. 164.

funcional a regras indesejadas ou inadequadas, enquanto outros, imperfeitos, visam a atender precipuamente a interesses de ordem política ou corporativista.

By-passes imperfeitos são verificados ao longo de toda a história da função pública brasileira, mas, desde a Constituição de 1988, o fenômeno pode ser verificado de forma mais ampla em relação ao regime jurídico único, não só através de contornos imperfeitos, mas também por meio de *by-passes* típicos. O RJU foi criado pelo constituinte de 1988, extinto entre os anos de 1998 a 2007, mas restabelecido desde então por decisão do STF. Desde sua instituição, é objeto de *by-passes* que buscam contornar a sua rigidez e possibilitar a contratação de pessoal pela Administração Pública por meio de regimes mais flexíveis. Nesse sentido, a fim de dar conta não só de necessidades de gestão, mas também interesses políticos e demandas de carreiras, crescem as contratações temporárias, as terceirizações, as entidades celetistas na administração indireta e outros mecanismos de contorno vistos no artigo.

A soma desses *by-passes* e das demandas a que pretendem atender descreve a complexidade do atual estado de coisas no funcionamento da máquina pública brasileira. Mesmo após a aprovação de novas normas, velhos interesses continuam a trabalhar para evitar a sua implementação. Além disso, regras consideradas inoportunas ou ineficientes são alvo de esforços para que sejam não necessariamente revogadas, mas, de forma mais discreta, contornadas pela construção de brechas que permitem alternativas mais desejáveis. Em um contexto em que voltam à baila discussões sobre uma nova reforma administrativa no país, compreender esta realidade é fundamental para o sucesso de qualquer nova empreitada reformadora.

Bibliografia

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. *Administração Pública no Brasil: breve história política*. São Paulo: Editora UNIFESP, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, pp. 143-169, jan/jul 2007.

BANCO MUNDIAL, *Gestão de Pessoas e Folhas de Pagamento no Direito Público Brasileiro: o que os dados dizem?* 2019.

BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. *A Administração Pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas.* Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 277, n. 2, maio/ago 2018, pp. 45-74.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial.* Revista do Serviço Público - RSP, Ano 47, V. 120, N.1, jan./abril 1996, pp. 07-39.

BRITO GUERRA, Lenin Cavalcanti; *et. al. Práticas de Gestão em Organizações Sociais: um estudo de caso do MLST/RN.* Revista Ciências Administrativas, vol. 18, n. 1, jan/jun 2012, pp. 268-300.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014. 2015.

CASTOR, Belmiro Valverde Jardim *et. al.* Burocracia e Reforma do Estado. Cadernos Adenauer II, nº 3. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, julho 2001.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para Amadores.* Curitiba: Travessa dos Editores. 2ª. Ed. 2004.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Estado, Reforma do Estado e Democracia no Brasil da Nova República.* Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 32, n. 4, pp. 71-82, jul/ago 1998.

_____. *Brasil: 200 anos de Estado, 200 anos de administração pública, 200 anos de reformas.* Revista de Administração Pública, nº 42. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Set/out 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos.* 2.ª ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DARGENT, Eduardo. *Technocracy and Democracy in Latin America: the experts running government.* New York: Cambridge University Press, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal.* São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2015.

DIUILIO JR., John J. *Bring Back the Bureaucrats: why more federal workers will lead to better (and smaller!) government.* West Conshohocken: Templeton Press, 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et. al.* *Processos Seletivos para a Contratação de Servidores Públicos: Brasil, o país dos concursos?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

GRINDLE, Merilee Serrill. *Jobs for the boys: patronage and the state in comparative perspective*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 8ª ed. revista ampliada e atualizada. 2012.

LAMBERT, Francis. *Tendências da Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 4, n. 1, jan/jun 1970. pp. 135-158.

LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. *Atlas do Estado Brasileiro: três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017)*. IPEA, 2017. O estudo pode ser encontrado em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017>> Acesso em 23.nov.2020.

MACHADO, Maria Helena; et. al. *Tendências do Mercado de Trabalho em Saúde no Brasil*. In: In: PIERANTONI, Celia; DAL POZ, Mario Roberto; FRANÇA, Tania (Org.). *O Trabalho em Saúde: abordagens quantitativas e qualitativas*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: CEPESC, UERJ, 2011, v. 1, pp. 103-116.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

_____. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. 1991.

MELO, José Augusto de Carvalho e. *Extranumerário*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro-São Paulo, vol. 1, p. 347-358, jan. 1945.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

MOTTA, Fabrício. *A contratação de pessoal por prazo determinado e a lei de responsabilidade fiscal*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 1, n. 11, nov. 2002.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Burocracia Brasileira, Reforma Administrativa e Estado Novo: o papel do aparato administrativo na Era Vargas*. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Institucionais, vol. 2, n. 1, 2016, pp. 367-400.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, José Orcelio; et. al. *Gestão Privada na Saúde Pública em São Paulo: um estudo de caso de organização social de saúde*. Revista Práticas de Administração Pública, vol. 1, n. 2, mai/ago 2017, pp. 71-88.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. *A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira*. Revista de Administração Pública, nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Jul/dez. 1970.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed. revista e ampliada. 2015.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RAILE, Eric. *Presidencialismo de Coalizão e Recompensas Paralelas*. In: INÁCIO, Magda; RENNÓ, Lucio. *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234.

PRADO, Mariana Mota. *Institutional By-pass: an alternative for development reform*. p. 32. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442> Acesso em 29.nov.2020.

_____; TREBILCOCK, Michael J. *Institutional Bypasses: a strategy to promote reforms for development*. Cambridge: Cambridge University Press. 2018.

SANTOS, Josenildo dos; et. al. *Gestão dos gastos de pessoal na administração pública brasileira: avanços após a implementação da lei de responsabilidade fiscal*. Revista Administração em Diálogo, vol. 8, n. 1, 2006, pp. 1-16.

SILVA, Domingos Carvalho da. *O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado*. Revista do Servidor Público, Brasília, n. 108, vol. 1. jan/abr. 1973.

TÁCITO, Caio. *O Estatuto de 1952 e suas Inovações*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 34. 1953. p. 1-13.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960.

VERKUIL, Paul R. *Valuing Bureaucracy: the case for professional government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Entrevista à Profª. Margarida Batista*. In: BATISTA, Margarida. *Modernização Administrativa no Brasil: depoimentos*. Brasília: Funcep, 1988, pp. 209-224.

WEBER, Max. *Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma construção do tipo ideal*. In: CAMPOS, Edmundo. *Sociologia da Burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 4ª ed. 1978, pp. 15-28.

Isabela de Oliveira Parisio

Precariedade e flexibilidade nas contratações temporárias do setor público: como decide o TJ-SP?



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

Precariedade e flexibilidade nas contratações temporárias do setor público: como decide o TJ-SP?*

Isabela de Oliveira Parisio

Resumo: No âmbito dos vínculos alternativos ao estatutário e ao celetista entre Administração Pública e servidores, os quais, apesar de constituírem parte relevante do quadro de pessoal, são comumente marginalizados do debate público, aborda-se as contratações temporárias e as controvérsias jurídicas que as circundam. Parte-se de levantamento jurisprudencial em caráter exploratório das decisões proferidas pelo TJ-SP no último ano (de meados de 2019 a meados de 2020). A pesquisa mostra a ausência de direitos mínimos uniformizados para os temporários, que estão em situação de desigualdade, em especial, quando comparados com os servidores estatutários – o que torna o vínculo temporário precário. Os resultados também revelam postura de desconfiança do TJ-SP quanto ao uso pelos gestores públicos dos contratos temporários, em prejuízo à potencial flexibilização que o instrumento traz à Administração. Conclui-se pela necessidade de afastamento da precariedade como traço essencial a este tipo de contratação e de fortalecimento da confiança do controlador no gestor público, para que a flexibilidade não seja perdida.

39

INTRODUÇÃO

a. A Reforma para o futuro

Em setembro de 2020, o Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional a chamada Reforma Administrativa (Proposta de Emenda Constitucional n. 32/2020 – PEC)¹. O texto propõe a revisão das regras que moldam o exercício da função pública e o dia-a-dia do quadro de pessoal do Estado, genericamente conhecidos como servidores públicos, responsáveis pelo atendimento ao cidadão e pela prestação dos serviços públicos – sejam eles exclusivos do Estado ou não. Trata-se de uma pauta que, apesar de ser tida como necessária, demanda articulação política para ser aprovada – considerando que irá lidar com um grupo de interesse altamente organizado e corporativista.

* O presente texto obteve a segunda colocação no “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”.

¹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083> > Acesso em 12/11/2020.

A Reforma já era esperada desde o início do governo de Jair Bolsonaro², de sorte que, em março deste ano, parlamentares organizaram-se em uma Frente Parlamentar Mista para discutir o tema da Reforma do RH da Administração Pública, também conhecido como Reforma da Gestão de Gente no Setor Público. A partir de então, o debate público sobre o tema ganhou destaque.

O texto divulgado pelo Governo Federal tem sido criticado em razão do seu formato de PEC, espécie legislativa que necessita de maior quórum para ser aprovada, tendo em vista alterar a Constituição Federal. Quanto ao mérito, o debate tem focado, principalmente, em questões relacionadas à redução das carreiras sujeitas à estabilidade e à criação de vínculos de prazo determinado e indeterminado. Não são raras críticas no sentido de que estas previsões irão fragilizar os direitos dos servidores³. Cabe, então, perguntar: quais servidores serão (eventualmente) prejudicados?

Uma vez que a PEC prevê que suas disposições não terão validade retroativa, atingindo somente novos ingressantes no serviço público quando da sua publicação, a fragilidade afetaria futuros servidores, que, na ausência da PEC, seriam admitidos como servidores estatutários. Isto é, aqueles que, nos termos dos atuais art. 37, II, e art. 39, da Constituição Federal, ingressam no serviço via concurso público, adquirem estabilidade após três anos, podem ser dispensados apenas quando mal avaliados em sua *performance* ou mediante falta grave devidamente apurada em processo disciplinar, e submetem-se ao regime jurídico único (RJU), que no âmbito federal é regulado pela Lei 8.112/1990.

Nesse sentido, o debate está majoritariamente focado em temas que afetam de modo mais direto e profundo os futuros servidores públicos estatutários. A PEC, ao não ser aplicável a servidores já atuantes, deixa de olhar para a situação atual do serviço público, não enfrentando problemas que afetam os mais variados servidores públicos nos dias de hoje.

A preocupação com o fim da estabilidade para certas carreiras e a modificação do regime estatutário não enxerga que, atualmente, parte significativa da mão de obra estatal já apresenta outros tipos de vínculos jurídicos com o Estado, que não o estatutário, como: contratados por tempo determinado (“temporários”), terceirizados, cooperados, residentes, intermediados por Organizações Sociais (OS) e Organizações Cívicas de

² <https://tododia.com.br/bolsonaro-aguarda-melhora-em-clima-politico-para-enviar-reforma-administrativa/> > Acesso em 12/11/2020.

³ <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/08/reforma-administrativa-fragiliza-direitos-e-permite-perseguiçao-dizem-especialistas> > Acesso em 11.11.2020.

Interesse Público (Oscips) ou por entidades filantrópicas e fundações privadas⁴, contratados por prestação de serviços e/ou associados a um determinado projeto, a exemplo dos bolsistas, consultores, estagiários (BORGES, 2004, p. 257; BARBOSA, 2017, p. 181; CONASS, 2011, p. 34).

Temos uma verdadeira “babel dos vínculos” (BASTOS, 2019, p. 13 e 17), que a proposta de Reforma Administrativa não endereça e o debate público obscurece ao problematizar vínculos alternativos, tratando-os como institutos quase inéditos no nosso ordenamento. Isso faz com que questões jurídicas relevantes para o atual quadro de pessoas do Estado sejam colocadas de lado, repercutindo um esquecimento dos vínculos jurídicos não convencionais já existentes.

O objetivo do presente artigo é trazer luz a estes servidores públicos comumente ignorados no debate e que são regidos por normas que demandam reformas dentro da moldura constitucional em vigor, mas que foram desconsideradas pela PEC da Reforma Administrativa – que não tem repercussão no presente. Entender os dilemas jurídicos que circundam essa classe de servidores públicos pode interessar também para fins do desenho jurídico a ser estruturado no futuro, no que tange os servidores por tempo indeterminado e prazo determinado previstos na PEC da Reforma Administrativa. Afinal, a PEC aprofunda as contratações temporárias, mas pouco se tem discutido sobre o instrumento da contratação temporária em si e os problemas que o circundam na atualidade, para que ele seja aprimorado.

b. Os servidores esquecidos pelo debate

As pessoas que são contratadas de modo típico ou atípico pelo Estado para o exercício de funções públicas, submetidas a diversos vínculos e regimes jurídicos, podem ser chamadas de servidores públicos em sentido amplo ou agentes públicos⁵. São

⁴ Por vezes, essas entidades, ao invés de só intermediarem mão de obra para a Administração Pública (agindo como meras cooperativas de mão de obra e sem qualquer interferência na gestão de pessoal), atuam na prestação do serviço público ao cidadão, ou seja, são responsáveis por administrar o serviço como um todo, incluindo, a gestão e contratação de pessoal. São os casos em que o Estado firma com essas organizações contratos de parceria, em que lhes autoriza a prestação do serviço público, mediante repasse financeiro. Trata-se dos contratos de gestão firmado com as OS, os quais, conforme Maria Zanella Di Pietro: “[a]s organizações sociais constituem novo tipo de entidade, que o Governo chama de “pública não estatal”. Ela é pública, não porque pertença ao Estado, mas porque exerce serviço público e administra o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público. Só que esse controle se flexibiliza, deixando de ser essencialmente formal, como ocorre hoje em relação às entidades da Administração Indireta, e passa a ser um controle de resultados. Para esse, a relação que se estabelece entre o ente político titular do serviço e a entidade pública não estatal (Organização Social) passa a ser em grande parte contratual (...)” (DI PIETRO, 1996, p. 9)

⁵ “Os vocábulos empregados para designar aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais apresentam-se nebulosos. (...) Na linguagem técnico-jurídica reina confusão, parecendo difícil fixar com

trabalhadores, pois realizam trabalho remunerado a um contratante, sob uma relação de trabalho⁶, mas, por serem trabalhadores públicos, eles recebem tratamento jurídico diferenciado – o que influencia também a sua nomenclatura. A própria Constituição ao tratar dos cargos, empregos e funções públicas utiliza o termo “servidor”⁷⁻⁸. Portanto, ainda que seja possível compreendê-los como “trabalhadores públicos”, acredita-se que o termo “servidor” é mais específico.

Veja-se que não só os servidores públicos contratados de forma alternativa recebem esse nome, mas também os estatutários e celetistas são servidores públicos em sentido amplo: uma expressão que abrange todo o quadro de pessoal utilizado pelo Estado, independentemente do seu vínculo. A diferença é que os estatutários, assim como os celetistas (submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), têm um regime jurídico próprio e uniformizado entre eles, com um rol mínimo de direitos legalmente pré-estabelecidos. Enquanto os estatutários são reconhecidos como “servidores públicos em sentido estrito” e os celetistas como “empregados públicos” (MEIRELLES, 2012, p. 464), os demais servidores restam sem uma nomenclatura própria.

Por estarem submetidos à “babel dos vínculos”, adotaremos neste artigo a expressão “servidores não convencionais” para nos referirmos a esses servidores públicos “inominados”, distinguindo-os daqueles servidores que detêm vínculos juridicamente mais seguros, notadamente, estatutários e celetistas. A expressão “não convencional”, então, serve para identificar o uso pelo Estado de mecanismos alternativos ao concurso público para a contratação de mão de obra – sem implicar em raridade ou excepcionalidade, no sentido de pouco utilizado, pois não é esse o caso.

nitidez o sentido das diversas expressões existentes. A Constituição Federal dá preferência à expressão servidores públicos, com a qual intitula uma seção; usa também o termo servidor em quase todos os dispositivos da matéria. Assim, a Constituição Federal atribui a essa locução o sentido amplo, que tradicionalmente se conferia à expressão agentes públicos, para abranger todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com o poder público. Em textos legais menos recentes, é dado sentido amplo à expressão funcionário público, pois era a de uso mais frequente antes da Constituição Federal de 1988 – por exemplo, o art. 327, do Código Penal.” (MEDAUAR, 2016, p. 321). Também fazem uso da expressão “servidor público em sentido amplo” para identificar aqueles agentes que detêm vínculos de trabalho com a Administração Pública os administrativistas Hely Lopes Meirelles (2012, p. 464) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 430-431).

⁶ “A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado.” (SÜSSEKIND, 2009, p. 43)

⁷ Vide p. ex.: Constituição Federal de 1988, art. 37, V, VI, X, XIV, XVIII, XXII, art. 38, art. 39, art. 40, art. 41, art. 61, art. 84, XIV, art. 93, XIV, art. 96, I, “F”, art. 135, art. 169, art. 239, art. 247, art. 249.

⁸ É de se considerar que alguns autores (p. ex. CARVALHO, 2011, p. 186) entendem que o termo “servidor” presente na Constituição se refere exclusivamente aos estatutários, de modo que os demais indivíduos que mantêm vínculo de trabalho com a Administração Pública restariam em um limbo jurídico.

Como visto, tais servidores não convencionais submetem-se a regime jurídico-administrativo diverso do RJU, provocando como consequência a sua marginalização no debate público – que, até agora, não está atento a essa significativa massa trabalhadora, que enfrenta problemas jurídicos diversos daqueles vividos pelos estatutários (o foco central do debate). Enquanto estes últimos são tidos como cheios de privilégios e proteções legais, os servidores não convencionais, submetidos a relações contratuais variadas, são classificados como servidores precários – justamente por não aproveitarem dos mesmos direitos conferidos aos estatutários (EBERHARDT et. al., 2015, p. 21; FAGUNDES, 2018; DRUCK, 2016, p. 19; FERREIRA, 2019, p. 53).

Apesar de os vínculos estatutários representarem quantidade significativa do quadro de pessoal público, os vínculos não convencionais vêm crescendo desde 1994. No âmbito federal, entre 1994 e 2017, as contratações temporárias, p. ex., subiram de 1,1% para 7,4% do total (LOPEZ & GUEDES, 2019, p. 15). Nos âmbitos estadual e municipal, durante o mesmo período, os vínculos temporários passaram de 2% a 8% do total, crescendo quase continuamente (LOPEZ & GUEDES, 2019, p. 15-16).

À título ilustrativo da relevância desses servidores para o quadro de pessoal da Administração Pública, em especial para os serviços essenciais, Relatório do Banco Mundial (2019, p. 68-69) mostra a proporção de servidores públicos por tipo de vínculo no ano de 2018, revelando que, para a área da educação, nos estados, a contratação de servidores temporários é fundamental para a continuidade da prestação do serviço. Os estados que mais fazem uso dessa espécie de contratação para suprir a demanda por professores possuem em sua força de trabalho de 20% a 40% de temporários.

De forma similar, o Tribunal de Contas da União constatou, em auditoria feita em 2013 para avaliar escolas públicas do Ensino Médio, que “*algumas redes estaduais de ensino contavam com altos índices de contratação de professores temporários, chegando ao patamar de onze estados apresentarem índices de contratação temporária de professor na faixa entre 40 e 67%*” (TCU, 2019, p. 83).

Por sua vez, no âmbito da saúde, relatório do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, datado de 2011, revela que, em 2003, no âmbito das Secretarias Estaduais, quase 10% dos trabalhadores da área estavam contratados como “temporários”. O mesmo documento indica que, no ano de 2001, em âmbito municipal, “*20% a 30% de todos os trabalhadores inseridos na Estratégia Saúde da Família (ESF) apresentaram vínculos precários de trabalho e a maioria dos 190 mil trabalhadores em atividade no país*”

apresentava inserção precária no sistema e estava desprotegida em relação à legislação trabalhista” (CONASS, 2011, p. 18).

Especificamente no que tange aos contratos temporários no âmbito da Administração Pública Federal, estudo da Instituição Fiscal Independente, realizado a partir do Painel Estatístico de Pessoal, relata que no período entre 2008 e 2018, as despesas com esse tipo de servidor não convencional quase dobraram de valor, tendo saltado de R\$ 640 milhões para R\$ 1,248 bilhão – em um aumento de 95% (CASALECCHI, 2019, p. 23). Este estudo também revela que 63% do aumento da força de trabalho do setor público federal, no período de 1999 a 2019, advém de vínculos não estatutários (CASALECCHI, 2019, p. 26).

Os dados acima confirmam a existência de uma quantidade considerável de servidores públicos não convencionais, que atuam na prestação de serviços à população, os quais possuem vínculos contratuais diversos com a Administração Pública, que fogem ao estatutário, especialmente no caso de estados e municípios.

Nesses entes federados, a escolha pela contratação de pessoal por vias alternativas ocorre em razão: (i) da necessidade de flexibilização enfrentada pelos gestores, que devem atender à expansão da demanda por serviços, decorrente do dever de universalização previsto na Constituição; da (ii) implementação de novas políticas públicas; e (iii) das restrições fiscais impostas pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal ou LRF) (CONASS, 2011, p. 19; FERREIRA, 2019, p. 48-49; DRUCK, 2016, p. 19; KOSTER, 2008, p. 51-52, FRANZESE, 2018).

Esta Lei prevê limites ao gasto com pessoal, baseados na receita corrente líquida dos entes federados, dos quais as despesas com parcela dos servidores públicos não convencionais não fazem parte – isto é, não são contabilizados para fins dos limites impostos pela LRF alguns tipos de contratações alternativas de pessoal feitas pelo Estado, o que contribui para a sua utilização por estados e municípios. Afinal, quando constatado que o gasto total com pessoal ultrapassa 95% desse limite, o órgão público é proibido de contratar pessoal, entre outras restrições (art. 22, LRF).

Com o agravamento da crise fiscal em decorrência da pandemia do COVID-19, que atropelou o País no início de 2020, suscitando um estado de emergência, em que gastos públicos foram realizados para garantir a sobrevivência da população, o debate acerca de uma Reforma do RH público corre o risco de focar na questão do corte de gastos, relacionada aos concursos públicos e à estabilidade dos estatutários, sem adentrar em aspectos mais estruturais do serviço público e seus agentes. Consequentemente, a

inclusão no debate dos servidores públicos não convencionais pode ser ainda mais prejudicada, reforçando a sua marginalização.

Ao mesmo tempo em que os problemas econômicos do Estado ficam mais evidentes em decorrência da pandemia, suscitando o risco de uma Reforma focada unicamente no corte de gastos, a pandemia também evidenciou a importância da presença do Estado na prestação de serviços sociais como saúde, educação e assistência social – fazendo-nos repensar o modelo de Estado que desejamos enquanto sociedade.

Sendo assim, as questões atinentes aos demais servidores públicos, que não apenas estatutários, também devem ser consideradas para que o resultado da Reforma seja efetivo em âmbito nacional. Mesmo que a Reforma deixe de olhar para o cenário presente, a proposta pretende reforçar alguns tipos de vínculos não convencionais, como o temporário. Torna-se relevante, então, conhecer essas questões, pois os dados a respeito de tais servidores não convencionais ainda são escassos, esparsos, não uniformizados e carecem de sistematização⁹, de tal sorte que eles são, por vezes, nomeados como “trabalhadores invisíveis” (BASTOS, 2019).

c. O escopo deste trabalho

Como colocado, o uso de meios alternativos de contratação de pessoal é feito principalmente por estados e municípios, que têm de enfrentar o dilema de lidar com maiores dificuldades orçamentárias e fiscais juntamente com grandes responsabilidades de prestação de serviços essenciais à população. Assim, conhecer os desafios jurídicos dos vínculos não convencionais perpassa pela compreensão da realidade nessas localidades. Em especial, tendo em vista que a Reforma pretende ter abrangência nacional, respeitando a autonomia federativa e estipulando comandos gerais, que possam ser seguidos e, posteriormente, delimitados por estados e municípios, de acordo com suas peculiaridades locais (MONTEIRO, 2020).

Nesse contexto, o presente artigo apresenta um mapeamento, não exaustivo, de parte das controvérsias jurídicas que giram em torno de uma classe específica de servidores públicos não convencionais: os chamados temporários. O foco nessa espécie de vínculo contratual se dá, tendo em vista este já permear a arena pública, ainda que de forma incipiente e sem profundidade. Constata-se que os profissionais atuantes nos

⁹ De acordo com CARVALHO et. al. (2011, p. 186): “*Como há de ser visto neste trabalho, estes [servidores públicos não convencionais] não são considerados nem dimensionados no serviço público por quaisquer das fontes de dados disponíveis.*”

estados e municípios já chamam atenção para esse instrumento, sem, contudo, haver uma sistematização de informações a seu respeito.

Ademais, a recente Medida Provisória 922/2020 (MP 922), que versava justamente sobre as regras de contratação temporária no serviço público, alterando dispositivos da Lei 8.745/1993, caducou ao final de junho deste ano, sem que o Congresso Nacional chegasse a debater as suas emendas, de modo que a discussão acerca dos temporários “morreu” sem sequer ter a chance de ser propriamente iniciada. De acordo com notícias, parlamentares contrários à MP 922 consideraram ser este um mecanismo de substituição dos servidores concursados¹⁰ – um posicionamento que requer o esclarecimento acerca deste instituto jurídico para melhor compreendê-lo à luz da experiência prática.

Além de delimitar o arcabouço jurídico dos temporários, este trabalho apresenta os resultados de pesquisa exploratória acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) no último ano, a qual teve o intuito de proporcionar maior familiaridade com as demandas jurídicas dos temporários, com vistas a torná-las mais explícitas e descobrir como elas dialogam com o discurso da precarização do trabalho e da desigualdade entre servidores públicos. Espera-se com isso contribuir para as reflexões acerca da Reforma do RH da Administração, trazendo para a discussão informações que podem aclarar a “babel dos vínculos” e as controvérsias desconhecidas dos servidores “invisíveis” – as quais, acredita-se, precisam ser consideradas para uma Reforma efetiva.

Além desta introdução, o artigo divide-se em mais três seções: (i) na primeira, apresenta-se o regime constitucional dos temporários e as suas fundamentações normativas; (ii) na segunda, discute-se o resultado da pesquisa realizada no âmbito do TJ-SP; e (iii) por fim, conclui-se com as possíveis contribuições deste trabalho.

1. REGIME JURÍDICO ESPECIAL DOS TEMPORÁRIOS E A QUESTÃO DA PRECARIIDADE

A Constituição Federal de 1988 previu o concurso público como regra para toda a Administração Pública, estipulando esta forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas como preferencial, em detrimento de outras formas de seleção de pessoal, tidas como excepcionais (PALMA et. al., *forthcoming*, p. 10-11). Nesse sentido, a contratação por tempo determinado, a qual se constitui como o vínculo jurídico dos

¹⁰ <https://folhadirigida.com.br/noticias/concurso/especial/mp-922-concurso-temporarios> > Acesso em 15.07.2020

chamados temporários com a Administração Pública, prevista no art. 37, IX – juntamente com as funções de confiança, de livre nomeação e exoneração, previstas no art. 37, V – configura-se como exceção ao concurso público. O texto constitucional é claro ao fixar que os casos de contratação por tempo determinado devem “*atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”, exigindo, ademais, a edição de lei específica pelo Legislativo que estabeleça os casos em que essa modalidade de contratação será cabível.

Ainda que a Constituição tenha inovado em vários aspectos, prevendo uma série de garantias individuais e deveres à Administração Pública, incluindo orientações de políticas públicas, nota-se que a previsão da contratação por tempo determinado não foi uma inovação em matéria jurídica. Esse instituto já se fazia presente constitucionalmente desde a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, à Constituição de 1967, que introduziu a seguinte redação ao art. 106 da Carta Maior: “[*o*] regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

A constitucionalização dos temporários serviu à época não só para consolidar a juridicidade deste instrumento, mas também para racionalizar e controlar o seu uso, prevenindo a subversão da regra do concurso público (PALMA et. al., *forthcoming*, p. 9-10) – a qual desde que implementada no Brasil, na Reforma Administrativa do Estado Novo, não teria sido seriamente seguida, convivendo com práticas clientelistas e patrimonialistas de ingresso no serviço público (CARVALHO, 2011, p. 53-57).

Portanto, o arcabouço jurídico das contratações por tempo determinado no Brasil encontra amparo constitucional, em uma regra que ressalva o ingresso no serviço público via concurso, seguindo uma tradição jurídica já anterior à Constituição de 1988. Dessa forma, este mecanismo de contratação de mão de obra pública não se trata, em sua essência, de uma burla ao concurso público ou de um instrumento que vise substituí-lo. Pelo contrário, trata-se de mecanismo constitucional a ser utilizado para atender demandas extraordinárias e específicas, delimitadas em lei própria – o que significa que o seu uso pela Administração Pública deve encontrar respaldo legal, não se tratando de um uso inteiramente discricionário, em linha com o que expõe a doutrina de Direito Administrativo ao tratar do tema.

ODETE MEDAUR (2016, p. 332), ao explicar o comando do art. 37, IX, coloca as contratações por tempo determinado como uma possibilidade de contratação por prazo curto “*para atender a necessidade que difere das necessidades comuns, por ser*

qualificada como de “excepcional interesse público””, reforçando tratar-se de uma exceção específica ao concurso público. A autora complementa ainda serem esses contratos regidos por regime jurídico especial, segundo o que for fixado em lei por cada ente federativo. De forma similar, HELY LOPES MEIRELLES (2011, p. 465 e 466) entende que a contratação temporária ocorre sob regime jurídico administrativo especial e só pode ocorrer para atender a uma dada finalidade prevista em lei, a qual deve delimitar hipóteses específicas para o uso deste instrumento de caráter eventual, não podendo fazer descrições genéricas.

Fica claro que o uso da contratação por tempo determinado depende de lei prévia que delimite os casos excepcionais em que serão admitidas contratações de caráter não permanente, bem como o regime jurídico especial ao qual o trabalhador temporário estará submetido – de modo a guiar a atuação do administrador público. Esse é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que, conforme levantamento realizado por PALMA et. al. (*forthcoming*, p. 15-19), ao julgar a constitucionalidade de leis estaduais e municipais sobre a contratação por tempo determinado, consolidou as seguintes diretrizes acerca do art. 37, IX, da Constituição de 1988:

- (i) É necessário haver lei local que discipline a matéria em âmbito estadual e municipal;
- (ii) A contratação de servidores temporários não pode se dar ou ser renovada por tempo indeterminado;
- (iii) O caráter de temporalidade está atrelado a necessidade e não a atividade a ser desempenhada pelo servidor público, admitindo-se, para tanto, a contratação temporária ‘irrestrita’, inclusive, de funções ordinárias e permanentes¹¹;
- (iv) É inconstitucional norma que se restringe a repassar ao administrador público a competência para distinguir os casos de “excepcional interesse público” para os quais a contratação por tempo determinado é admitida. Ou seja, disposições genéricas sobre as hipóteses de contratação não são admitidas.

Nesse contexto, confirma-se que a Lei Federal 8.745/1993, ao regulamentar o art. 37, IX, da Constituição Federal, o fez apenas para a Administração Pública Federal, aplicando-se somente à União. Referida Lei delimitou os casos de excepcional interesse

¹¹ Posicionamento do Tribunal que é constatado a partir do julgamento da ADI3.068/DF (PALMA et. al., *forthcoming*, p. 18).

público, nos quais a contratação temporária é admitida – a exemplo de assistência a emergências em saúde pública ou em saúde de comunidades indígenas e a situações de calamidade, atividades técnicas de tecnologia da informação e comunicação, combate à emergências ambientais, admissão de professor substituto e professor ou pesquisador visitante, e admissão de professores para suprir falta de ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença.

A Lei Federal 8.745/1993 também trouxe regulamentação sobre: (i) prazo de duração dos contratos para cada caso de excepcional interesse público e respectiva possibilidade de prorrogação; (ii) remuneração do pessoal contratado; (iii) processo seletivo; (iv) hipóteses de extinção da relação contratual; (v) vedações aos trabalhadores temporários, bem como seus deveres e direitos; e (vi) possibilidade de nova contratação do mesmo trabalhador. Estabeleceu-se, assim, o regime jurídico especial dos contratados em tempo determinado pela União.

Tendo em vista que a Lei 8.745/1993 não tem caráter nacional, a implementação do art. 37, IX, da Constituição, nos demais entes federados ocorre, em linha com o entendimento exarado pelo STF, a partir da edição de normas regionais e locais, cada qual com o seu próprio regramento – de modo que o regime jurídico das contratações temporárias, bem como as hipóteses em que elas são cabíveis, varia de acordo com o estado ou a municipalidade contratante. Ainda que a Lei Federal possa servir de parâmetro para as demais normativas, isso não é uma imposição legal, e estados e municípios, por vezes, estipulam regras diversas, conforme o seu interesse.

Ao analisar, a título meramente ilustrativo, as leis das dez capitais mais populosas do Brasil, com mais de 1 milhão de habitantes, e seus respectivos estados, incluindo o Distrito Federal¹², verifica-se que as hipóteses de excepcional interesse público que autorizam a contratação temporária tanto a nível estadual, quanto a nível municipal possuem diferenças em relação às hipóteses fixadas na Lei Federal – sendo que nos municípios tem-se casos mais desuniformes e pulverizados.

¹² A pesquisa foi feita entre 22.07.2020 e 23.07.2020, a partir das palavras-chave: “contrato por tempo determinado”, “excepcional interesse público” e “contratação temporária”, nos portais Leis Municipais (<https://leismunicipais.com.br/>) e Leis Estaduais (<https://leisestaduais.com.br/>), quando disponíveis para a localidade pesquisada, ou, então, no próprio portal da respectiva Câmara ou Assembleia Legislativa. Para selecionar as dez capitais com mais de 1 milhão de habitantes utilizou-se dados disponibilizados pelo IBGE para o ano de 2019 (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019> > Acesso em 22.07.2020). São elas: São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Salvador (BA), Fortaleza (PE), Belo Horizonte (MG), Manaus (AM), Curitiba, Recife (CE), Goiânia (GO) e Distrito Federal.

Por exemplo, o estado de São Paulo e os municípios de São Paulo e Curitiba preveem o uso da contratação temporária para suprir necessidade de pessoal em decorrência de exoneração, demissão, dispensa, falecimento ou aposentadoria¹³ – hipótese que não consta na Lei Federal. Ainda, o estado de Goiás e os municípios de Goiânia e Fortaleza fixam como hipótese de excepcional interesse público a prevenção ao colapso no transporte e nas obras públicas¹⁴. Os municípios de Fortaleza, Recife, Rio de Janeiro e Goiânia têm hipóteses peculiares (encontradas apenas nestas localidades) em que a contratação de temporários é admitida, respectivamente: para atender à gestão e à fiscalização de projetos¹⁵; para incrementar o quadro dos Centros de Atendimento ao Turista ou para atender demanda extraordinária da Defesa Civil¹⁶; para a realização de obras de saneamento básico em comunidades carentes¹⁷; e para construção de moradias, quando da desocupação de áreas de preservação ambiental¹⁸. O quadro 1 (ver p. 35-37) sistematiza os achados da pesquisa quanto às hipóteses de cabimento da contratação temporária.

Da mesma forma, as regras que regulamentam o prazo dos contratos, a possibilidade de sua prorrogação e de recontração da mesma pessoa, e os direitos e deveres dos contratados não têm um padrão e variam de acordo com a localidade, com maior diversidade em âmbito municipal. Por exemplo, enquanto os estados de Minas Gerais, Paraná e Pernambuco apresentam prazos que variam de acordo com a hipótese de excepcional interesse público a ser atendida, os estados da Bahia e do Rio de Janeiro, bem como o município de Salvador preveem o prazo máximo de 24 meses, e o estado de Goiás prevê o prazo de 36 meses¹⁹.

Em relação à prorrogação, o estado de Minas Gerais, em consonância com os municípios de Manaus, Recife e Goiânia, prevê regras de prorrogação variadas de acordo com a hipótese de excepcional interesse público a ser atendida, o estado do Rio de Janeiro

¹³ Art. 1º, II, “a”, da Lei 1.093/2009 do Estado de São Paulo; Art. 2º, V, da Lei 15.455/2019 do Município de Curitiba; Art. 2º, VI, da Lei 10.793/1989 do Município de São Paulo.

¹⁴ Art. 2º, VIII, da Lei 13.664/2000 do Estado de Goiás; Art. 2º, VI, da Lei 8.546/2007 do Município de Goiânia; Art. 3º, IX, da Lei Complementar 158/2013 do Município de Fortaleza.

¹⁵ Art. 3º, X, da Lei Complementar 158/2013 do Município de Fortaleza.

¹⁶ Art. 2º, V e VII, da Lei 18.122/2015 do Município de Recife.

¹⁷ Art. 2º, §1º, III, da Lei 1.978/1993 do Município do Rio de Janeiro.

¹⁸ Art. 2º, VII, da Lei 8.546/200 do Município de Goiânia.

¹⁹ Art. 4º, da Lei 18.185/2008 do Estado de Minas Gerais; Art. 5º, da Lei Complementar 108/2005 do Estado do Paraná; Art. 4º, da Lei 14.547/2011 do Estado de Pernambuco; Art. 3º, *caput*, da Lei 10.793/1989 do Município de São Paulo; Art. 2º, *caput*, da Lei Complementar 158/2013 do Município de Fortaleza; Art. 38, *caput*, da Lei Complementar 2/1991 do Município de Salvador; Art. 1º, da Lei 18.190/2013 do Estado de Goiás; Art. 253, § 1º, da Lei 6.677/1994 do Estado da Bahia; Art. 5º, *caput*, da Lei 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro.

permite a prorrogação por no máximo 12 meses e o estado do Paraná admite a prorrogação por igual período ao estipulado no contrato, desde que não ultrapasse 24 meses²⁰. Já no tocante à recontração da mesma pessoa, o Distrito Federal, o estado do Rio de Janeiro e os municípios de Recife e Goiânia admitem a recontração apenas após transcorridos 12 meses do encerramento do contrato, enquanto o estado de São Paulo exige o intervalo de 200 dias entre as contratações²¹.

No tema dos deveres, nota-se que a maioria das localidades submete os temporários aos mesmos deveres, obrigações e responsabilidades dos estatutários – é o caso dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Goiás, bem como dos municípios de São Paulo, Salvador, Belo Horizonte e Manaus²².

Por fim, no tocante aos direitos, São Paulo e Manaus preveem que o contratado tem, no que couber, os mesmos direitos dos estatutários municipais, enquanto Recife, Curitiba, Goiânia e Salvador preveem cada qual direitos variados, nos termos específicos da lei local²³. Já o município do Rio de Janeiro fixa direitos trabalhistas regidos pela CLT²⁴. Os quadros 2 a 5 (ver p. 37-40) sistematizam os achados relacionados a essas regras da contratação.

Os exemplos são inúmeros e de difícil sistematização e agrupamento, dada a falta de padronização. Revela-se a desuniformidade no tratamento jurídico conferido aos servidores temporários. Ainda que os julgados do STF apresentem um norte à atividade legislativa dos estados e municípios, para que estes elaborem leis em conformidade com a Constituição – confirmando a leitura de que a contratação temporária é uma exceção e não se faz de forma puramente discricionária – duas questões jurídicas persistem.

²⁰ Art. 4º, §1º, da Lei 18.185/2008 do Estado de Minas Gerais; Art. 4º, parágrafo único, da Lei 1.425/2010 do Município de Manaus; Art. 4º, §1º, da Lei 18.122/2015 do Município de Recife; Art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.546/2007 do Município de Goiânia; Art. 5º, §1º, da Lei Complementar 108/2005 do Estado do Paraná; Art. 5º, *caput*, da Lei 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro.

²¹ Art. 7º, *caput*, da Lei 4.266/2008 do Distrito Federal; Art. 9º, III, da Lei 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro; Art. 10, da Lei 18.122/2015 do Município de Recife; Art. 7º, *caput*, da Lei 8.546/2007 do Município de Goiânia; Art. 6º, da Lei 1.083/2009 do Estado de São Paulo.

²² Art. 10, da Lei 1.083/2009 do Estado de São Paulo; Art. 10, da Lei 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro; Art. 12, parágrafo único, da Lei 18.185/2008 do Estado de Minas Gerais; Art. 12, da Lei Complementar 108/2005 do Estado do Paraná; Art. 10, IV, da Lei 13.664/2000 do Estado de Goiás; Art. 7º, Lei 10.793/1989 do Município de São Paulo; Art. 39, § 3º, da Lei Complementar 2/1991 do Município de Salvador; Art. 10, §3º, da Lei 11.175/2019 do Município de Belo Horizonte; Art. 12, da Lei 1.425/2010 do Município de Manaus.

²³ Art. 8º, Lei 10.793/1989 do Município de São Paulo; Art. 12, da Lei 1.425/2010 do Município de Manaus; Art. 11, da Lei 18.122/2015 do Município de Recife; Art. 8º, da Lei 14.455/2019 do Município de Curitiba; Art. 12, da Lei 8.546/2007 do Município de Goiânia; Art. 39, art. 39-A e art. 41, da Lei Complementar 2/1991 do Município de Salvador.

²⁴ Art. 3º, da Lei 1.978/1993 do Município do Rio de Janeiro.

A primeira, relacionada à diversidade de hipóteses em que a contratação por tempo determinado se faz cabível, já que o preenchimento do significado da expressão “excepcional interesse público” varia conforme o interesse regional ou local. A segunda, concernente à ampla gama de regimes jurídicos que disciplinam a relação contratual entre o contratado temporariamente e a Administração Pública, pois não só as hipóteses de cabimento em si são heterogêneas, mas também a determinação das demais disposições regulamentares do contrato, as quais tendem a mudar conforme a localidade.

A partir do exposto até aqui, é possível traçar duas conclusões parciais: (i) a necessidade local dos municípios e estados varia conforme a sua realidade específica, o que faz surgirem as diversas hipóteses de cabimento da contratação temporária; e (ii) os diferentes regimes especiais aos quais os temporários se submetem tendem a gerar situações de desigualdade entre a própria classe trabalhadora temporária, pois ser temporário em um município pode ser mais benéfico do ponto de vista do trabalhador do que sê-lo no município vizinho, a depender das regras locais estabelecidas para reger cada relação contratual.

O primeiro apontamento chama atenção para como a contratação por tempo determinado se associa à implementação de políticas públicas e à prestação de serviços sociais descentralizados do ponto de vista político, permitindo que o gestor público possa alocar mão de obra de acordo com as peculiaridades enfrentadas em seu estado ou município, tal qual pré-estabelecido pelo legislador local. Dessa forma, a contratação temporária atende à demanda pública por flexibilização das relações de trabalho, no sentido de adaptação, mobilidade e possibilidade de mudança diante de uma realidade dinâmica e incerta – um dos paradigmas da nova gestão pública, que vem sendo implementada desde a Reforma Administrativa de 1995 (FAGUNDES, 2018, p. 59; LONGO et. al., 2007, p. 200-202; FILGUEIRAS, 2018, p. 75).

O segundo apontamento, por sua vez, suscita um debate acerca da precarização do vínculo mantido pelos contratados por tempo determinado com a Administração, em função da falta de uniformidade com que eles são juridicamente tratados em âmbito nacional, da falta de garantias mínimas aos contratados e da escassez de informações sobre os seus direitos e deveres, que variam localmente. Essa incerteza jurídica faz com que as contratações temporárias sejam tidas como precárias, em especial, quando comparadas com o vínculo estatutário, de modo que qualquer que seja o regime jurídico adotado em um determinado contrato este já é tido como precário simplesmente por ser rotulado como contrato temporário.

Nesse sentido, flexibilização e precariedade são tidos como dois atributos indissociáveis, em uma relação de causa e consequência necessária, na qual: “*os vínculos de trabalho seriam flexíveis do ponto de vista do empregador e precários do ponto de vista do trabalhador*” (FAGUNDES, 2018, p. 59). Contudo, não existe razão para que os vínculos temporários sejam precários por natureza, apenas por implicarem maior poder de adaptação ao contratante (OIT, 2018, p. 13; OIT, 2016, p. 18-19). Acredita-se ser possível, em um sistema jurídico, a compatibilização de regras que uniformizem direitos mínimos aos servidores temporários, com medidas de flexibilização para facilitar a gestão de pessoal (FAGUNDES, 2018, p. 60-61).

Por essa perspectiva, precarização não é definida como consequência necessária de flexibilidade, demandando como resposta um regime jurídico rígido em todos os seus aspectos (a exemplo do regime estatutário, no caso dos servidores públicos), mas, sim, como a inexistência de alguns direitos trabalhistas e previdenciários. A precarização, então, não está associada à ausência do regime estatutário – até porque este regime confere uma série de direitos especiais que não se fazem presentes nas demais relações de trabalho.

Na definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a precarização está relacionada à ausência das características que compõe o trabalho decente, ou seja, trabalho precário é aquele que não é decente, expondo o trabalhador à maior parte dos riscos da relação contratual. No caso, são elementos determinantes do trabalho decente (ABRAMO, 2015; OIT, 2016, p. 18):

- (i) Acesso à renda e remuneração razoável, que garanta a sobrevivência do trabalhador acima das linhas de pobreza – fator que é posto em situação de maior vulnerabilidade quando a manutenção do vínculo trabalhista é incerta e não existem impeditivos para demissões arbitrárias;
- (ii) Previsão de carga horária definida de forma compatível com a execução das tarefas esperadas;
- (iii) Proteção à saúde, mental e física, bem como à maternidade e à aposentadoria;
- (iv) Acesso a oportunidades de capacitação e treinamento, qualificando o trabalhador para lidar com um mercado competitivo e possibilitando o seu desenvolvimento profissional; e
- (v) Possibilidade de representação, participação e organização sindical.

Partindo desse referencial, entende-se ser possível a compatibilização do vínculo temporário com a previsão igualitária de certos direitos aos indivíduos submetidos a este regime jurídico, diminuindo-se desigualdades existentes dentro desta própria classe de servidores públicos, bem como desigualdades entre os temporários e os estatutários – desde que sejam adotados parâmetros nacionais para reger este tipo de contratação, garantindo diretrizes uniformizadas e conferindo maior segurança jurídica à Administração e ao contratado.

Para que se possa definir de forma mais concreta quais aspectos legais devem ser parametrizados e uniformizados, é importante conhecer quais as demandas jurídicas dos servidores não convencionais contratados de forma temporária pela Administração e verificar eventuais tópicos de aproximação e distanciamento do debate aqui colocado acerca da correlação entre flexibilização e precarização dos contratos administrativos por tempo determinado. Na próxima seção, então, com objetivo de contribuir nesse aspecto, apresenta-se os resultados de pesquisa exploratória acerca da contratação de temporários realizada no âmbito do TJ-SP.

2. PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ-SP: QUAIS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS AFETAM OS TEMPORÁRIOS?

Enquanto um mapeamento exploratório, a pesquisa de jurisprudência realizada no TJ-SP serve como forma de reunir mais informações sobre as controvérsias jurídicas que acometem os contratados temporariamente. Os resultados aqui apresentados constituem, portanto, um panorama, não exaustivo, das matérias decididas pelo Tribunal no último ano²⁵, trazendo mais familiaridade para os temas judicializados e a forma como o TJ-SP os decide²⁶.

²⁵ A pesquisa, realizada no e-saj do TJ-SP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>), selecionou decisões que foram julgadas dentro do período compreendido entre 01.07.2019 e 01.07.2020 e foi feita com base nas palavras-chave “contratação temporária” e “contratação por tempo determinado”, filtrando-se os resultados pela ementa e excluindo-se decisões monocráticas, embargos e agravos. As decisões monocráticas foram excluídas por não refletirem a opinião conjunta de um colegiado, não sendo fruto de discussões coletivas. Por sua vez, os agravos e embargos foram excluídos por representarem classes recursais que respectivamente: (i) é utilizada para questionar decisão parcial, que não põe fim à lide; e (ii) é utilizada para esclarecer dúvida, omissão, contradição ou obscuridade em uma certa decisão, de modo que os magistrados, quando decidem este tipo de recurso, no geral, repetem os argumentos já suscitados, ou sequer adentram em aspectos da controvérsia jurídica.

²⁶ A escolha por analisar julgados de um Tribunal de Justiça Estadual se deu em função de esta ser uma arena judiciária em que os julgadores têm maior proximidade com os fatos da lide, de modo que é possível obter mais elementos sobre a demanda dos servidores e, assim, as questões que os impactam de forma mais direta. Ao mesmo tempo, os Tribunais de Justiça são competentes para decidirem não só demandas concretas e individuais, mas também demandas abstratas, julgando Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis municipais que afrontem as respectivas Constituições Estaduais. Assim, a análise de jurisprudência desses Tribunais permite avaliar também a forma como o Judiciário interpreta as escolhas

Foram mapeados 169 acórdãos²⁷, abordando os seguintes temas (conforme ilustrado no gráfico 1, ver p. 41):

- (i) Licença maternidade (aprox. 12%);
- (ii) Estabilidade da gestante (aprox. 2%);
- (iii) Reconhecimento de direitos celetistas, p. ex.: adicional de insalubridade, verbas rescisórias (como aviso prévio indenizado e multa de 40% do FGTS), pagamento de danos em razão de doença ocupacional, pagamento de horas-extras, 13º salário e férias acrescidas de um terço (aprox. 37%);
- (iv) Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) sobre contrato nulo e prorrogação ou renovação das contratações (aprox. 7%);
- (v) Direito à efetivação/estabilidade funcional (aprox. 7%);
- (vi) Condições para rescisão do contrato (aprox. 2%);
- (vii) Direito à nomeação de aprovado em concurso público diante da realização de contratação temporária (aprox. 13%);
- (viii) Ações visando a condenação do gestor pela prática de improbidade administrativa em razão do uso de contratações temporárias (aprox. 8%);
- (ix) Controle de constitucionalidade de leis municipais (aprox. 12%).

a. Potencial precariedade do regime dos temporários

As demandas relacionadas aos temas enumerados (i) a (v) acima revelam questões jurídicas que mostram tanto a ausência de uniformidade dos direitos dos servidores temporários, quanto a discrepância de tratamento conferido entre temporários, celetistas e estatutários. São, portanto, demandas que corroboram as constatações acerca da precarização desse vínculo de trabalho.

Os temas (i) a (iii) evidenciam pleitos que dizem respeito a concessão de direitos protetivos à maternidade (como extensão da licença maternidade de 120 para 180 dias, em direito equiparado aos estatutários, ou reconhecimento da estabilidade da gestante), à saúde, física e mental, do servidor (como adicional de insalubridade, danos em razão de

legislativas locais para o preenchimento da expressão “excepcional interesse público”. O foco no TJ-SP, especificamente, ocorreu tendo em vista tratar-se do maior Tribunal de Justiça Estadual do País, concentrando a maior quantidade de municípios sede (320) e unidades judiciárias (1.528), além de ser o Tribunal com o segundo maior índice de atendimento à demanda, figurando entre os dez Tribunais Estaduais mais demandados do País (CNJ, 2019).

²⁷ O número total de resultados obtidos no e-saj do TJ-SP foi de 179 acórdãos. Contudo, um total de 10 acórdãos foi excluído da análise, pois (i) ou não versavam sobre questões pertinentes à contratação de temporários; (ii) ou se trataram de casos pontuais, controvérsias únicas, que não encontraram relação com o restante das decisões mapeadas – não sendo possível traçar conclusões significativas a partir delas, já que não foram representativas.

doença ocupacional e férias), e à carga horária compatível com as tarefas executadas (como percepção de horas extras trabalhadas).

Todos esses direitos, de acordo com o referencial da OIT descrito, são necessários à caracterização do trabalho decente. Assim, essas demandas advindas por parte dos servidores temporários revelam que, de fato, existe uma reivindicação por direitos trabalhistas em relação aos quais os temporários percebem estarem desatendidos – levando a questão à seara judicial. Ou seja, revela-se um cenário de insatisfação do servidor não convencional com o regime que regula a sua relação contratual com a Administração Pública.

i. Licença-maternidade e estabilidade da gestante

No caso específico da licença-maternidade, nota-se que as demandas não são pelo reconhecimento desse direito em si (como ocorre nos demais casos, em que se pleiteiam o gozo por direitos celetistas), mas, sim, para que seja conferido tratamento igual ao das servidoras estatutárias. Trata-se de situação que, assim como o tema (v), reforça a discrepância que existe entre servidores públicos – a qual é utilizada muitas vezes como uma razão em si mesma para definir a precariedade dos vínculos temporários.

Ao decidir sobre o tema da licença-maternidade, os magistrados do TJ-SP, ainda que de maneira não unânime, tendem a conceder os pleitos, argumentando, em um primeiro momento, ser este um direito social constitucionalmente previsto para todos os trabalhadores, em decorrência do art. 7º, XVIII, da Constituição. As decisões também citam que a licença-maternidade está prevista no art. 39, §3º, da Constituição, o qual não faz diferenciação entre quaisquer tipos de servidores públicos, sendo descabido tratamento assimétrico entre servidoras gestantes temporárias e estatutárias, em decorrência do princípio da isonomia. Logo, se o direito à licença-maternidade foi estendido para as servidoras estatutárias (em decorrência da Lei 11.770/2011), também deve sê-lo para as servidoras temporárias²⁸.

²⁸ Vide p.ex.: “*Observa-se que o direito à licença maternidade se encontra previsto no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, tendo sido estendido aos servidores públicos por força do artigo 39, § 3º, do mesmo diploma. O artigo I, “d” da Lei n.º 11.770/08, da União, prorrogou a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVII, caput, do artigo 7º da Constituição Federal. Desta forma, o servidor contratado como temporário, independentemente do seu regime jurídico de contrato de trabalho, tem direito à concessão da licença gestante pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, fazendo jus à prorrogação de sua licença.*” (TJSP; 8ª Câmara de Direito Público; Apelação / Remessa Necessária 1010729-15.2019.8.26.0451; Rel.: Ponte Neto; j. em: 06.11.2019)

Algumas decisões complementam ser a licença-maternidade um direito de caráter assistencial em benefício da criança, que merece interpretação ampliativa²⁹. Outras decisões entendem que se a lei de regência das contratações por tempo determinado equipara os temporários aos estatutários para fins de responsabilização funcional, então, também deve equipará-los para fins de percepção dos direitos constitucionais³⁰.

Por fim, os magistrados apontam que o fato de as temporárias estarem submetidas ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos da legislação de regência, não exclui o direito aos 180 dias de licença, pois inexistente proibição nesse sentido, diferenciado o regime previdenciário da proteção ao trabalho da mulher³¹.

De modo similar, os magistrados também tendem a conceder o direito à estabilidade da gestante, arguindo que se trata de direito garantido no art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), aplicável a qualquer regime jurídico a que esteja submetido o trabalhador³². Ao reconhecer o direito à estabilidade provisória da gestante, o Tribunal condena a municipalidade ao pagamento retroativo das verbas correspondentes à remuneração que a servidora perceberia durante a gestação e o período de estabilidade.

Percebe-se, portanto, uma postura majoritária do Tribunal em reconhecer e ampliar os direitos protetivos da mulher gestante, de forma a diminuir desigualdades entre servidores públicos – o que é favorável à desprecarização dos vínculos temporários.

²⁹ Vide p. ex.: “*Não significa a impossibilidade de adoção de regime previdenciário diverso, porém, o benefício invocado insere-se no rol dos denominados direitos sociais (art. 7º da Constituição Federal CF/88), com caráter de assistência social (art. 203 da CF/88), o que se distingue da previdência social (art. 201 da CF/88); tais benefícios tem aplicação imediata, pois vinculados à proteção às crianças, a merecer a interpretação ampliativa adotada.*” (TJSP; 1ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1039818-61.2018.8.26.0114; Rel.: Luís Francisco Aguilar Cortez; j. em 07.08.2019)

³⁰ Vide p. ex.: “*Não se discute a possibilidade de contratação pela Administração Pública de servidores por prazo determinado ou por regimes jurídicos diversos do estatutário. No entanto, uma vez que submetidos aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades que os servidores públicos estatutários, de rigor a aplicação do artigo 198 da Lei nº 10.261/68, reconhecendo-se o direito à licença gestante com duração de 180 (cento e oitenta) dias, em observância ao princípio da isonomia.*” (TJSP; 4ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1001678-32.2018.8.26.0445; Rel. Ana Liarte; j. em: 03.02.2020)

³¹ Vide p. ex.: “*A vinculação do funcionário público temporário ao Regime Geral de Previdência Social não retira o seu direito ao período maior de licença-gestante, consagrado nas normas específicas.*” (TJSP; 8ª Câmara de Direito Público; Apelação / Remessa Necessária 1010729-15.2019.8.26.0451; Rel.: Ponte Neto; j. em: 06.11.2019)

³² Vide p. ex.: “*Não se nega que a contratação em caráter precário possibilita a exoneração sem justa causa. Acontece que, embora temporária, a empregada gestante tem o direito constitucional à licença e à estabilidade provisória de até cinco meses após o parto, previstas no artigo 7º, inciso XVIII, da CF/88 c.c. artigo 10, inciso II, do ADCT. Não há falar em incompatibilidade do regime de contratação temporária e a estabilidade da gestante. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal*” (TJSP; 8ª Câmara de Direito Público; Apelação / Remessa Necessária 1012103-96.2019.8.26.0053; Rel. José Maria Câmara Junior; j. em: 16.09.2019)

ii. Demais direitos trabalhistas

Em relação aos demais direitos pleiteados, é possível distinguir dois conjuntos de casos: (i) os que decidem a respeito de direitos sociais previstos na Constituição Federal; e (ii) os que decidem a respeito de outras verbas e direitos trabalhistas próprios da CLT.

No primeiro conjunto de casos, que versam majoritariamente sobre férias acrescidas de um terço, 13º salário e adicional e insalubridade, verificou-se ao menos três formas de decidir: (i) inaplicabilidade dos respectivos direitos, pois estes não encontrariam respaldo na legislação de regência das contratações temporárias³³; (ii) aplicabilidade desses direitos aos temporários em decorrência do disposto no art. 39, §3º, da Constituição, o qual não diferencia tipos de servidores públicos, tratando-os de forma a prestigiar a isonomia³⁴; e (iii) aplicabilidade dos direitos sociais diretamente em decorrência do art. 7º, da Constituição, que é tido como o piso vital dos direitos de todos os trabalhadores³⁵.

Especificamente no que diz respeito ao pagamento do adicional de insalubridade e indenização por doença laboral, quando os magistrados não atenderam à demanda, isso ocorreu por questões probatórias, isto é, constatada a falta de provas suficientes para demonstrar que a Administração Pública contratante não haveria já pago os valores requisitados, ou para demonstrar o nexo causal entre o dano alegado e a função exercida pelo contratado temporariamente³⁶.

³³ Vide p. ex.: “*Obtempere-se que os aludidos direitos sociais não podem ser estendidos a toda e qualquer espécie de contratação temporária, independentemente de expressa previsão legal que assim estabeleça.*” (TJSP; 4ª Câmara de Direito Público, Apelação/Remessa Necessária 1001499-42.2019.8.26.0323; Rel. Paulo Barcellos Gatti; j. em: 26.05.2020)

³⁴ Vide p. ex.: “*É verdade que o art. 7º da CF/88 não pode ser integralmente aplicado aos soldados temporários em foco, mas dele é possível extrair um piso vital de direito do trabalho, genericamente reconhecido, em conformação à dignidade da pessoa humana, que autoriza tutelar juridicamente a situação peculiar deles. Assim, e também no art. 39 da Constituição Federal, encontra-se a possibilidade de aferição dos direitos em discussão, naquilo que couber, em desagravo à violação do art. 37, sem violar os princípios fundamentais dos arts. 5º e 7º de nossa Carta Magna: (...) Portanto, no piso vital trabalhista, as únicas verbas que entendo sejam devidas e possíveis reconhecer ao Soldado PM Temporário, em leitura amarrada aos comandos constitucionais, são o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional. O adicional de insalubridade é indevido, pois não é previsto no art. 39, § 3º, da CF/88.*” (TJSP; 6ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1033912-84.2015.8.26.0053; Rel. Sidney Romano dos Reis; j. em: 10.06.2020)

³⁵ Vide p. ex.: “*Contudo, não obstante o vínculo entre as partes esteja sujeito ao direito administrativo, porquanto a contratação temporária tem previsão na referida Lei, o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que os direitos sociais previstos pelo artigo 7º da CF são extensíveis ao servidor contratado temporariamente, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Carta Magna.*” (TJSP; 6ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1030428-62.2017.8.26.0224; Rel. Reinaldo Miluzzi; j. em: 12.11.2019)

³⁶ Vide p. ex.: “*A análise da questão aqui apresentada tem como pressuposto lógico a verificação da existência de nexo de causalidade entre a doença apontada pela autora e suas condições de trabalho matéria que foi objeto de verificação pelo laudo pericial. O documento concluiu que a lesão não teria relação com a atividade profissional. Não estabelecido nexo de causalidade entre a doença da autora e as condições de trabalho em que desempenhadas as funções de berçarista e recrecionista de 2009 a 2014*

De modo geral, os magistrados ao concederem os direitos sociais transitam entre o reconhecimento dos temporários enquanto servidores públicos, considerando esses trabalhadores públicos distintos dos demais, e o reconhecimento dos temporários como trabalhadores comuns detentores dos mesmos direitos que qualquer outro trabalhador – sem diferenciá-los em razão de prestarem serviço para a Administração Pública. É possível concluir que, diante da ausência de uniformidade da legislação de regência das contratações por tempo determinado, existe no Tribunal controvérsia a respeito do enquadramento constitucional dos temporários e até mesmo dos próprios servidores públicos – o que também se constata nas decisões a respeito da extensão do direito à licença-maternidade (que ora suscitam o art. 7º, ora o art. 39, §3º, ambos da Constituição).

Quanto ao segundo conjunto de casos apontados, afetos a verbas próprias da CLT, a argumentação dos magistrados é menos controversa e concentra-se em afirmar a natureza especial do vínculo existente entre o contratado por tempo determinado e a Administração Pública, diferenciando o vínculo de natureza temporária do vínculo celetista. Reconhece-se que o primeiro tem natureza precária e é regido por normas de direito público, devendo observar a lei de regência e o contrato, não sendo as verbas celetistas devidas ao contratado, a menos que legalmente previsto ou acordado³⁷.

Os acórdãos analisados evidenciam, portanto, uma diferença de postura do Tribunal em relação à concessão de direitos constitucionalmente fixados e à concessão de outros direitos previstos na legislação trabalhista própria. Ao se recorrer à Constituição, parece haver a procura por um rol de direitos mínimos aplicáveis aos temporários, mitigando os efeitos da pulverização de regimes jurídicos a regular essa relação contratual e também de uma série de legislações que, ao disciplinarem os contratos temporários, não preveem alguns direitos protetivos do contratado – o que faz com que o regime deste vínculo contratual seja aproximado da precariedade e distanciado do celetista e do estatutário, ampliando desigualdades.

bem como não comprovada a existência de incapacidade laborativa daí decorrente, não comportam acolhida, portanto, os pedidos de danos materiais e de danos morais.” (TJSP; 1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1002858-33.2015.8.26.0625; Rel. Aliende Ribeiro; j. em: 06.05.2020)

³⁷ Vide p. ex.: “*No caso dos autos, a contratação foi regida pela Lei Municipal nº 3.174/2011, que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. A mesma lei estabelece, em seu artigo 4º, a quais verbas o contratado nesta condição fará jus. Assim, não há que se falar em serem devidas verbas trabalhistas e rescisórias, previstas na CLT, à autora. Com efeito, também não é devido adicional de insalubridade, haja vista ausência de previsão pela lei municipal.”* (TJSP; 8ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1001864-67.2018.8.26.0441; Rel. Leonel Costa; j. em: 30/05/2020).

iii. Duração do vínculo: recolhimento de FGTS sobre contrato nulo e efetivação

Também no que diz respeito aos temas (iv) e (v) – que, ao tratarem da duração do vínculo contratual, revelam uma tentativa de aproximar os temporários dos regimes celetista (item iv) e estatutário (item v) – evidencia-se a falta de uniformização do regime jurídico dos contratos por tempo determinado e as desigualdades entre as regras aplicáveis aos temporários e aos servidores detentores de vínculos convencionais mais seguros.

Quanto ao item (iv), nota-se que o Tribunal entendeu pela descaracterização da temporariedade, na ocasião de contratações ou prorrogações sucessivas, sem descontinuidade do vínculo contratual, e sem que houvesse respaldo legal para tanto ou que tenha se dado fora dos limites legais³⁸. Nesses casos, o contrato tende a ser julgado nulo, sob a constatação de que a permanência do vínculo ao longo do tempo não modifica o regime jurídico ao qual o indivíduo está submetido, ou seja, não transforma o vínculo temporário em permanente ou efetivo. De toda forma, o TJ-SP reconheceu, em algumas situações, o direito ao recolhimento do FGTS sobre todo o período trabalhado (ainda que o trabalho tenha ocorrido de forma irregular), em conformidade com o entendimento do STF³⁹.

³⁸ Vide p.ex.: “A Lei 15.675/12 afastou a vedação à contratação da mesma pessoa com relação aos servidores contratados nos anos de 2010 e 2011, e permitiu nova contratação, uma única vez, pelo prazo máximo de doze meses. No caso, a segunda contratação poderia vigorar, no máximo, até 1º/7/2014. Contudo, há notícias de que, até hoje, a autora continua prestando serviços para a Autarquia Hospitalar Municipal. O trabalho não pode ser considerado temporário e excepcional, diante da renovação do contrato por mais de quatro anos e meio, muito além dos doze meses. A contratação por prazo superior ao previsto em lei apenas é válido mediante prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal. No entanto, conforme ressaltado pela sentença, “as sucessivas prorrogações não implicam na transformação do contrato de trabalho temporário em emprego celetista (...)” (TJSP; 2ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1012037-53.2018.8.26.0053; Rel. Alves Braga Junior; j. em: 31.10.2019)

³⁹ Vide p.ex.: “A prorrogação no caso se mostra ilegal e indevida, pois burla a regra do concurso público sendo ilegítima, pois não se verifica na espécie a presença de excepcional interesse público a justificar a contratação nos moldes da Lei nº 3.545/00. Afinal, o apelante foi admitido para o exercício da função de docente cargo de evidente natureza técnica a ser desempenhada obrigatoriamente por servidor efetivo contratado mediante concurso público, pois permanente e integrante da rotina administrativa, nada justificando a prorrogação da contratação temporária. O vínculo estabelecido entre autora e ré é, portanto, absolutamente inconstitucional. Todavia, como já decidiu o Colendo STF, com repercussão geral, “contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS” (RE nº 705.140/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/08/14). O STF não reconhece o direito às multas que estão sendo pleiteadas sobre o FGTS. Portanto, faz jus o apelante apenas ao levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS, sem a multa de 40%, nos termos do entendimento do STF.” (TJSP; 9ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1010364-21.2018.8.26.0604; Rel.: Décio Notarangeli; j. em: 02.10.2019)

Assim, o TJ-SP tem, por vezes, postura protetiva à aposentadoria do trabalhador e à formação de um patrimônio que lhe ajude em período de dificuldade, garantindo-lhe um direito importante para que o seu trabalho não seja precário – ainda que se reconheça a diferença entre o vínculo temporário e os vínculos celetista e estatutário e as distintas proteções legais a cada um deles.

Novamente, esses casos confirmam a ausência de padrão do regime jurídico dos contratos por tempo determinado, o que pode levar a situações em que o mesmo Tribunal declare nulo um contrato temporário que teve duração total igual a um outro contrato temporário tido como regular, uma vez que os contratos foram firmados sob legislações distintas, com regras de prorrogação e prazo contratual diversas.

Quanto aos pleitos relacionados ao direito à efetivação/estabilidade funcional, estes envolviam situações nas quais o trabalhador temporário demandava a reintegração à função após dispensa, ou o pagamento de diferenças salariais entre o que foi percebido pelo temporário no período trabalhado e o que teria sido pago a funcionário efetivo executor de função similar, ou a nomeação imediata ao exercício da função temporária após a aprovação em processo seletivo simplificado.

Em todos esses casos, a decisão dos magistrados foi no sentido de negar provimento à demanda, argumentando-se que a contratação temporária é uma exceção ao concurso público, não gerando ao contratado os mesmos direitos de que usufruem os ocupantes de cargo efetivo, como a estabilidade funcional, de modo que não seria possível a equiparação entre estatutários e temporários – seja para fins de reintegração ou pagamento de diferenças salariais⁴⁰. Do mesmo modo, o processo seletivo simplificado que antecede à contratação temporária não se confunde com o concurso público e não gera direito adquirido à nomeação imediata ao exercício da função, haja vista a excepcionalidade desta modalidade de vínculo⁴¹.

⁴⁰ Vide p. ex.: “*Como bem salientou o juízo a quo, “por força da Constituição Federal, a contratação temporária para o desempenho de função pública não confere direito à estabilidade, tal como é garantida aos servidores ocupantes de cargo público. Assim, a dispensa do cargo não constitui ilegalidade. Ao contrário, trata-se de ato lícito, discricionário e potestativo da autoridade competente, eis que o servidor contratado em regime temporário pode ser demitido ad nutum, sem qualquer justificativa ou indenização. (...) Assim, dada a precariedade do cargo, vejo que o ato da autoridade coatora de exonerar a impetrante vem amparado pela legislação pertinente ao caso, não havendo violação das garantias constitucionais mencionadas.”* (TJSP; 11ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1000192-65.2019.8.26.0416; Rel. Oscild de Lima Júnior; j. em: 19.09.2019)

⁴¹ Vide p. ex.: “*Com efeito, o processo seletivo simplificado é uma modalidade destinada à contratação temporária nos casos em que haja excepcional interesse público e, exatamente por sua natureza excepcional, não cria direito adquirido ao cargo mesmo no caso de aprovação dentro do número de vagas. Por isso, o processo seletivo simplificado para a contratação de trabalhadores temporários (art. 37, inciso IX, da CF) e concurso público para investidura em cargo público efetivo, são hipóteses distintas.”* (TJSP;

A argumentação dos julgados, portanto, reforça as desigualdades entre servidores públicos estatutários e temporários, revelando um problema jurídico relacionado, de um lado, à ausência de direitos uniformizados, no que diz respeito aos temporários, e, de outro, ao possível excesso de direitos concedidos aos estatutários – fazendo com que os temporários reivindiquem uma aproximação ao regime dos servidores públicos estatutários.

b. Flexibilização na gestão e discricionariedade do administrador

Os temas (i) a (v) abordados acima relacionam-se à precarização dos servidores não convencionais, revelada na procura por um rol de direitos mínimos uniforme, por meio de demandas que visam aproximar os temporários ora do regime celetista, ora do regime estatutário, dada a pulverização de regimes jurídico-administrativos a reger essas contratações. Por sua vez, os temas (vi), (vii) e (viii), ao invés de revelarem essa ausência de segurança jurídica quanto aos direitos dos servidores temporários, demonstram a deferência do TJ-SP às escolhas discricionárias da Administração no que diz respeito à gestão das contratações por tempo determinado, o que é positivo para a flexibilização que se busca com esse tipo de vínculo contratual.

i. Condições para rescisão e direito à nomeação

Os julgados relacionados às condições para a rescisão do contrato temporário argumentam no sentido de que a extinção contratual deve seguir o disposto na lei de regência, podendo a Administração Pública rescindir o contrato de forma fundamentada, por critérios de conveniência e oportunidade, quando a legislação assim o permitir. Os magistrados também apontam ser uma escolha discricionária da Administração a prorrogação do contrato, quando do fim do término contratual, podendo optar pela não continuidade do vínculo contratual e sua respectiva rescisão⁴².

6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1001647-42.2019.8.26.0553; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; j. em: 27.05.2020)

⁴² Vide p. ex.: “O contrato firmado entre o autor e o município tem lastro na LM nº 3.205/02, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IV do art. 37 da CF, c.c. inciso VI do art. 102 da Lei Orgânica do Município (fls. 56/65); nos termos do art. 22, III, da lei municipal, o contrato será rescindido por conveniência administrativa, mediante ato fundamentado da autoridade competente (fl. 63). Assim sendo, havendo ato fundamentado que embasa a dispensa antes do término do contrato de trabalho, não se verifica ilegalidade; não se trata de servidor estável, cuja exoneração exija procedimento administrativo com contraditório e ampla defesa, de modo que tal alegação não prospera. Em suma, a precariedade do vínculo permite à Administração, em juízo de conveniência administrativa, rescindir o contrato temporário firmado, nos termos do art. 22, III da LM nº 3.205/02. (...)” (TJSP; 10ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1002442-70.2018.8.26.0072; Rel. Torres de Carvalho; j. em: 22.07.2019)

De modo similar, nos casos envolvendo o direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público diante da realização de contratação temporária, a maior parte das decisões do TJ-SP reconhece a possibilidade de a Administração Pública realizar a contratação por tempo determinado do candidato que tiver sido aprovado no concurso fora do número de vagas previstas no Edital. A nomeação deste candidato é tida como escolha discricionária do gestor, pois aquele possui mera expectativa de direito. O direito líquido e certo à nomeação só existiria, caso o candidato fosse aprovado dentro do número de vagas indicado no Edital. Portanto, a contratação temporária não é entendida como uma forma de preterição, sendo o preenchimento de cargos vagos, que surgirem no período de validade do concurso público, uma decisão que fica à critério da Administração. Afinal, na constatação dos magistrados, as vagas temporárias não têm a mesma natureza das vagas efetivas⁴³.

Nesses casos, vislumbra-se a contratação temporária como um instrumento que permite à Administração Pública adaptar-se a imprevistos, como a vacância de cargos após a abertura de concurso público destinado a outras vagas, ou, ainda, à possibilidade de se fazer uso dessa forma de contratação, quando conveniente, para alocar candidato aprovado fora do número de vagas do concurso.

Ao mesmo tempo, os próprios acórdãos, quando dão ênfase à discricionariedade, nomeiam a precariedade como uma característica dos contratos temporários, apropriando-se da relação de causa e consequência entre flexibilidade e precariedade⁴⁴. Aqui, a precariedade é tida como característica do vínculo contratual dada a possibilidade,

⁴³ Vide p. ex.: “*Apenas os candidatos aprovados dentro do número de vagas expressamente previsto pelo edital têm direito líquido e certo à nomeação dentro do prazo de validade do concurso público. Os demais candidatos aprovados têm direito apenas a não serem preteridos, cabendo quanto à nomeação, contudo, mera expectativa –, o que significa que a Administração, dentro de seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, poderá nomear livremente os candidatos nessa situação, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade. Mesmo diante da notícia de surgimento de novas vagas no período de validade do concurso (vacância decorrente de exonerações ou de desistências), ou mesmo no caso de abertura de procedimento seletivo para contratação de novos servidores temporários, o preenchimento dos cargos vagos estaria sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Municipalidade (cf. RE nº 837.311/PI, STF). Eventual contratação de candidatos de concurso posterior, não tem o condão de violar o direito da apelante, notadamente porque se tratou de contratação por prazo determinado de Professor de Educação Básica I, que não diz respeito à natureza da vaga disputada pela autora (cargo efetivo), de natureza estatutária.*” (TJSP; 4ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1000465-44.2019.8.26.0125; Rel. Paulo Barcellos Gatti; j. em: 22.06.2020)

⁴⁴ Vide p. ex.: “*As vagas destinadas às contratações precárias, cujo vínculo funcional é temporário, não possuem a mesma natureza daquelas destinadas a provimento efetivo do cargo público e disponibilizadas no edital. Ora, havendo lei autorizando as contratações temporárias, não cabe ao candidato alegar excesso de nomeações por parte do Município, mormente porque a questão envolve a esfera de discricionariedade do Poder Público (...)*” (g. n.) (TJSP; 12ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1004886-65.2019.8.26.0032; Rel. Osvaldo de Oliveira; j. em: 31.03.2020)

nos termos da lei local, de rescisão e exoneração do servidor “sem justa causa” e sem que se configure “dispensa arbitrária”, distanciando o contrato temporário do celetista.

ii. Condenação por ato de improbidade administrativa

No que diz respeito às ações que buscam a condenação de gestores público por improbidade administrativa dada a realização de contratos temporários, em detrimento do concurso público, a maioria dos julgados não acolhe o pleito do Ministério Público. Entende-se que o dolo (a desonestidade) necessário à condenação não se faz presente no caso concreto. Os magistrados avaliam as circunstâncias fáticas que levaram o administrador a decidir pela contratação temporária e, em geral, concluem que era preciso contratar pessoal em caráter de emergência para garantir a continuidade da prestação do serviço público – o que justificaria a necessidade de se valer das contratações temporárias⁴⁵.

Nesses casos, o TJ-SP tende a respeitar a decisão administrativa de se valer das contratações temporárias para atender necessidade de excepcional interesse público, validando o uso desse instrumento jurídico na situação concreta, em conformidade com a lei de regência local sobre a matéria. As ações confirmam a figura da contratação por tempo determinado como uma alternativa jurídica aos administradores em casos que o atendimento da população por falta de pessoal esteja sendo prejudicado.

c. Limites à atuação legislativa: reflexos sobre a discricionariedade administrativa

Por fim, o último conjunto de decisões, agrupadas no item (ix) acima, relacionam-se aos casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo Órgão Especial do TJ-SP contra leis municipais, que regulamentaram a contratação por tempo determinado em face do interesse local. Na unanimidade dos casos analisados, a lei sob controle judicial foi declarada inconstitucional pelo TJ-SP frente à Constituição do Estado de São Paulo, que replica os mesmos termos do art. 37, IX⁴⁶.

⁴⁵ Vide p. ex.: “Desse modo, diante do quadro probatório, não se verifica a configuração do ato de improbidade administrativa porquanto não configurada a prática de violação contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. A apelante limitou-se a atuar dentro do que lhe era permitido à época de acordo com as prementes contratações que se fizeram necessárias à satisfação temporária no máximo de seis meses de preenchimento do quadro de profissionais faltantes na área social e da saúde.” (TJSP; 9ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1000019-35.2016.8.26.0355; Rel. Oswaldo Luiz Palu; j. em: 31.07.2019)

⁴⁶ Art. 115, X, da Constituição do Estado de São Paulo: “X - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

A argumentação do Tribunal foi no sentido de reconhecer o pleito de inconstitucionalidade, uma vez que a lei municipal, ao qualificar o “excepcional interesse público”: (i) estabeleceria hipóteses de cabimento para a contratação temporária consideradas genéricas, indeterminadas, vagas, imprecisas; (ii) não apontaria contingências que escapassem à normalidade, que fossem extraordinárias ou decorressem de situações imprevistas e urgentes; e (iii) permitiria a contratação temporária para atividades de caráter permanente, que visassem atender necessidades básicas relacionadas a serviços públicos ininterruptos⁴⁷.

Esta última justificativa apontada pelo Tribunal contraria o entendimento mais recente do STF, exposto acima, acerca da possibilidade de contratações temporárias para a realização de atividades cotidianas, pois o caráter da temporariedade recai sobre o prazo contratual. De todo modo, ainda que se reconheça a competência legislativa local para dispor sobre o tema da contratação temporária, o que se observa é a tendência dos magistrados em limitarem a atividade legislativa, no sentido de restringir ao máximo a discricionariedade do administrador na delimitação das situações em que a contratação temporária se faz cabível⁴⁸.

Assim, enquanto na análise de casos concretos as decisões respeitam o campo de discricionariedade do administrador e as disposições da legislação local, ao avaliar o tema em abstrato, a postura do TJ-SP é de restringir o escopo da contratação temporária. É como se houvesse um certo receio em cancelar eventual abuso desse instrumento, em burla à regra do concurso público – o que tende a prejudicar o potencial flexibilizador que esse instrumento oferece ao gestor.

⁴⁷ Vide p. ex.: “Com efeito, a substituição de docentes que se encontrem afastados, reduzido número de aulas, vacância de cargo e desenvolvimento de projetos de recuperação educacional paralela constituem atividades rotineiras da Administração Pública no campo da docência e, por isso, contrariam frontalmente o comando constitucional de que a necessidade seja temporária e de excepcional interesse público. Ademais, referidos incisos preveem necessidades genéricas, sem apontar qualquer hipótese de situação incomum ou anormal. São situações por demais abrangentes, desacompanhadas de especificação ou delimitação. A possibilidade de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público constitui exceção à regra do concurso público obrigatório, devendo, portanto, ser interpretada de forma restritiva.” (TJSP; Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade 2187170-23.2019.8.26.0000; Rel. Márcio Bartoli; j. em: 05.02.2020)

⁴⁸ Vide p. ex.: “Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se auto-administrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito ao ingresso no serviço público e à admissão de pessoal. No caso, os dispositivos normativos impugnados disciplinam a contratação de pessoal por tempo determinado na Prefeitura do Município de Itanhaém, o que segundo a inicial viola a regra da acessibilidade geral.” (TJSP; Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade 2219946-76.2019.8.26.0000; Rel. Renato Sartorelli; j. em: 05.02.2020)

CONCLUSÕES

Os dados apresentados na Introdução mostram que os servidores públicos não convencionais são um grupo de trabalhadores significativo para o regular andamento das atividades prestacionais do Estado, em especial, no que diz respeito aos serviços de saúde e educação. Apesar de comporem massa importante da mão de obra pública, trata-se de um grupo “invisível” ao debate público, que tem o seu foco nos servidores estatutários, detentores de vínculos estáveis e regidos por regras uniformizadas, ao menos, no que diz respeito ao rol de direitos aos quais fazem jus. Os servidores não convencionais, por sua vez, detêm vínculos variados com a Administração Pública, de modo que as questões jurídicas que os afligem são diversas daquelas que aproveitam os estatutários.

Com o intuito de contribuir para o conhecimento dos problemas jurídicos que acompanham as contratações dos servidores não convencionais, este trabalho apresentou os resultados de pesquisa exploratória no âmbito do TJ-SP, produzindo informações sobre como o Judiciário vem reagindo à experiência e aos desafios concretos da contratação de um tipo específico de servidores não convencionais: os temporários. Eles são indivíduos contratados pela Administração Pública por tempo determinado para exercerem atividades de excepcional interesse público, por meio de vínculo que encontra previsão constitucional expressa.

Como visto, uma controvérsia que se coloca a respeito desse vínculo contratual é o estabelecimento de uma relação potencialmente precária do ponto de vista do contratado, pois não existe consenso a respeito de um rol mínimo de direitos trabalhistas e previdenciários aos quais eles tenham direito – diferentemente do que ocorre com os servidores estatutários e celetistas. A ausência de uniformidade de tratamento jurídico conferido aos temporários é constada a partir da análise de leis locais e regionais sobre o tema, que revelam a existência de regimes jurídico-administrativos pulverizados e variados entre si a regular as contratações temporárias em nível estadual e municipal.

Essa insegurança jurídica é revelada nos acórdãos do TJ-SP, que é chamado a decidir reivindicações por parte dos temporários quanto a direitos protetivos à mulher, à saúde do trabalhador e à carga horária das jornadas de trabalho – tidos como essenciais à caracterização do trabalho decente pela OIT. Das decisões, nota-se um certo incômodo do Tribunal quanto à lista de direitos previstos nas legislações de regência das relações temporárias, quando comparado o seu conteúdo com a Constituição Federal, em especial, os direitos sociais previstos no art. 7º e no art. 39, §3º, da Constituição. Assim, em matéria de direitos constitucionais, há uma tentativa judicial de aproximar os temporários ora dos

trabalhadores comuns, ora dos servidores públicos estatutários, diminuindo desigualdades no tratamento dispensado a esses servidores.

A insegurança jurídica quanto aos direitos dos temporários também é percebida quando estes procuram terem assegurados direitos previstos na legislação própria dos celetistas (como verbas rescisórias trabalhistas) ou dos estatutários (como efetivação ou estabilidade funcional), mas que, por não estarem fixados na Constituição como direitos gerais ou como parte do piso de direitos trabalhistas, tendem a ser negados pelo TJ-SP. A argumentação do Tribunal é clara: o vínculo temporário tem natureza diversa daquela dos celetistas ou estatutários, submetendo-se ao que dispõe a legislação de regência.

Da experiência prática dos julgados, então, constata-se uma situação de desigualdade entre servidores públicos, em que os temporários são consideravelmente desfavorecidos, por não gozarem uniformemente de direitos mínimos – o que faz surgir um abismo, em termos de direitos, entre eles e os estatutários. O contrato temporário é, então, tido *a priori* como um tipo de vínculo precário.

Contudo, essa relação de causa e consequência entre temporariedade e precariedade não precisa necessariamente existir, pois a precariedade não está na natureza do vínculo temporário, mas em uma situação, na qual inexistente uniformidade no tratamento jurídico dispensado aos temporários. Eventual Reforma do RH público, para ter efetividade, terá de lidar com esse problema, decidindo como, quando e, em que termos, aproximar ou distanciar os temporários dos celetistas ou estatutários e, com isso, delimitar os direitos mínimos dos temporários em caráter nacional – seja por meio de uma lei geral que abarque União, estados e municípios, seja por meio de alteração constitucional.

Ignorar essa situação não aparenta ser um bom caminho, na medida em que o fortalecimento das contratações temporárias tende a ajudar na melhoria da gestão pública, possibilitando maior flexibilidade ao administrador – traço essencial da nova gestão pública e tendência mundial (LONGO et. al, 2007).

Flexibilidade, então, não precisa vir associada à precariedade do trabalho. Pelo contrário. A flexibilidade encontra-se na possibilidade de o gestor público adaptar-se às mudanças contextuais e à realidade dinâmica, o que não tem como consequência indispensável a ausência de direitos mínimos uniformes aos temporários. Flexibilidade e precariedade são características independentes, que devem ser distanciadas pela Reforma, mantendo-se a primeira e desfazendo-se da segunda.

O aspecto da flexibilidade é, portanto, uma outra questão jurídica relevante que merece atenção e também se faz presente nos julgados do TJ-SP. O Tribunal, ao respeitar

o regime jurídico-administrativo das contratações temporárias, sem sabotar o instrumento, reconhece a discricionariedade dos administradores para exonerar e nomear o servidor, bem como para prorrogar o contrato, o que reforça o aspecto da flexibilidade do contrato temporário. A mesma postura do Tribunal é constada quando se analisa casos concretos de improbidade administrativa, em que os magistrados reconhecem a validade das contratações por tempo determinado para atender a situações emergenciais, desde que seguida a legislação de regência.

O problema surge frente aos casos abstratos, relacionados à declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, nos quais o TJ-SP, ao invés de mostrar deferência às escolhas legislativas, assume postura de desconfiança e tende a declarar as leis inconstitucionais, em decorrência da abrangência das hipóteses que caracterizam o excepcional interesse público a nível local. Com isso, tolhe-se a discricionariedade administrativa e a liberdade legislativa de editar leis que viabilizem o atendimento às necessidades locais.

Os casos de inconstitucionalidade são um obstáculo à flexibilidade oferecida pelas contratações temporárias e revelam um potencial temor dos magistrados quanto ao uso das contratações temporárias de modo descabido, para burlar o concurso público, em prejuízo à meritocracia e à isonomia. Parece haver uma percepção de que a Administração ainda possuiria traços patrimonialistas e clientelistas, bem como uma desorganização e falta de planejamento internos.

Uma Reforma do RH público efetiva também necessita enfrentar o problema de confiança dos controladores no uso, pelos gestores, do instrumento das contratações temporárias – que depende do exercício da discricionariedade administrativa, a qual pode tornar seu uso mais eficiente.

Esse é um ponto que não se resolve somente com uma alteração legal, mas com a construção de reputação, a partir de dados que mostrem para os desconfiados a inexistência de motivos para tanto. É preciso estabelecer mecanismos de governança das contratações de pessoal, fortalecendo a transparência e publicizando informações. Esses mecanismos facilitam *accountability*, trazendo maior legitimidade ao aparato estatal (FILGUEIRAS, 2018, p. 78). Uma alternativa pode ser a adoção de um sistema

administrativo para acompanhar, avaliar, medir, comparar e divulgar os resultados do uso da contratação temporária – em conformidade com as emendas à MP 922/2020⁴⁹.

Logo, a uniformização de um rol mínimo de direitos aos temporários e o fortalecimento da confiança no gestor público quanto à utilização das contratações temporárias são pautas que merecem ser abordadas no debate reformista. Do lado dos contratados, para diminuir desigualdades entre servidores e sanar inseguranças jurídicas, dissociando-se o vínculo temporário da precariedade. Do lado da Administração contratante, para garantir que o aspecto da flexibilidade da gestão no uso dos contratos temporários seja respeitado, fortalecendo a confiança do controlador no administrador, por meio de um sistema de governança.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, L. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social**. Genebra: OIT, 2015. Publicação. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_467352/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 16 jul. 2020.

ALONSO, M. Custos no serviço público. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 1, p. 37–63, 1999.

AMEIDA, J. C. DE. **A segurança e saúde no trabalho no regime CLT e no regime estatutário: uma abordagem do planejamento governamental comparando o tema nos dois regimes**. Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 2017.

BAGATINI, M. F. V. **A opção pela contratualização dos serviços de saúde no Estado do Rio Grande do Sul como modelo de gestão e transferência de recursos públicos**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). 2018.

Banco Mundial (World Bank, BIRD AID). **Gestão de Pessoas e Folha de Pagamento no Setor Público Brasileiro: o que os dados dizem?** 2019. Publicação. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/449951570645821631/pdf/Gest%C3%A3o-de-Pessoas-e-Folha-de-Pagamentos-no-Setor-P%C3%BAblico-Brasileiro-o-Que-Os-Dados-Dizem.pdf> > Acesso em 22 jul. 2020

BARBOSA, A. C. Q. Vínculos profissionais em hospitais de pequeno porte brasileiros. **Revista de Administração de Empresas**, v. 57, n. 2, p. 178–195, 2017.

BASTOS, J. A. **Servidores, funcionários, terceirizados e empregados: a babel dos vínculos, cotidiano de trabalho e vivências dos trabalhadores em um serviço público**.

⁴⁹ Emenda aditiva n. 174 à MP 922, proposta pelo deputado Tiago Mitraud. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1875652&filename=EMC+174/2020+MPV92220+%3D%3E+MPV+922/2020 > Acesso em 30.07.2020.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, 2019.

BORGES, Â. C. Reforma do Estado, emprego público e a precarização do mercado de trabalho. **Caderno CRH**, v. 17, n. 41, 2004.

BRESSER-PEREIRA, L. C. O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, v. 42, n. 2, p. 391-410, abr. 2008.

BRULON, V.; OHAYON, P.; ROSENBERG, G. A reforma gerencial brasileira em questão: contribuições para um projeto em construção. **Revista do Serviço Público Brasília** 63 (3): 265-284 jul./set 2012

CAMPOS, L. C. M. **Estado e terceiro setor na prestação de serviços públicos: o programa Nacional de DST e Aids: 1994-2005**. Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração pública e Governo. 2005.

CARVALHO, E. D. P. O Aparelho Administrativo Brasileiro: sua gestão e seus servidores – de 1930 aos dias atuais. In: Cardoso Junior, JC. **Burocracia e ocupação no setor público brasileiro**. Rio de Janeiro: IPEA, p. 47-89, 2011.

CARVALHO, E. D. P.; CARDOSO JUNIOR, J. C. C.; FIGUEIREDO, S. S. Conceitos de emprego público: questões metodológicas e possibilidades de mensuração. In: Cardoso Junior, JC. **Burocracia e ocupação no setor público brasileiro**. Rio de Janeiro: IPEA, p. 181-212, 2011.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Publicação. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf > Acesso em 17 jul. 2020.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. A Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS. 1ª ed. Brasília, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo**, n. 45/46, 1996.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DRUCK, G. A Terceirização na Saúde Pública: Formas Diversas de Precarização do Trabalho. **Rev. Trabalho, Educação e Saúde**, v. 14, p. 15-43, nov. 2016.

EBERHARDT, L. D.; CARVALHO, M. DE; MUROFUSE, N. T. Vínculos de trabalho no setor saúde: o cenário da precarização na macrorregião Oeste do Paraná. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 18–29, mar. 2015.

FAGUNDES, M. C. D. **A flexibilidade de RH como motivo de adoção de modelos de gestão da saúde pública alternativos ao estatutário: as experiências dos Estados da**

Bahia, do Paraná e de São Paulo. Tese (CDAPG) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2018.

FERREIRA, D. C. K. A reestruturação produtiva e a contratação temporária de docentes nas redes públicas no Brasil. **Revista Labor, Fortaleza/CE**, No. 22, Vol. 01, pp. 44-64, jul./Dez 2019.

FILGUEIRAS, Fernando. Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 71-88, Jan/2018.

FILHO, C.; DE, E. D. P. **Evolução do emprego público no Brasil nos anos 90.** Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia. 2002.

FRANZESE, C. Introducing alternative service delivery arrangements as the part of public sector reform in Brazil. *In*: NEMEC, Juraj; PORTIER, Vincent; VRIES, Michael S. (Org.). **Alternative Service Delivery**. 1ed. Paris: IASIA/IIAS, 2018, p. 96-103.

CASALECCHI, A. Retrato das despesas de pessoal no serviço público federal civil (Parte 1). Instituição Fiscal Independente – IFI, Estudos Especiais N° 11, 23 dez/2019.

KOSTER, I. **A gestão do trabalho e o contexto da flexibilização no Sistema Único de Saúde.** Dissertação de Mestrado apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2008.

LONGO, F.; CORBISIER, A. **Mérito e flexibilidade gestão das pessoas no setor público.** São Paulo: Edições Fundap, 2007.

LOPEZ, F.; GUEDES, E. Três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017). **Texto para Discussão Ipea**, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2579.pdf> Acesso em 02 dez. 2020.

MEDAUR, O. **Direito Administrativo Moderno.** 20ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, A. C. C. **A precariedade institucionalizada dos vínculos do trabalhador na saúde: um estudo exploratório.** Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional em Saúde) – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2012.

MONTEIRO, V. Contratação temporária no serviço público: por uma lei geral de âmbito nacional. JOTA. Publicado em 28.07.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/contratacao-temporaria-no-servico-publico-28072020> >. Acesso em: 29 jul. 2020.

Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites**. Brasil: OIT, 2018. Publicação. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 16 jul. 2020.

Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Non-Standard Employment Around the World: understanding challenges, shaping prospects**. Geneva: OIT, 2016. Publicação. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf >. Acesso em: 22 jul. 2020.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Modernizando o emprego público. **Revista do Serviço Público**, v. 56, n. 4, p. 419-428, 2005.

PALMA, J. B.; ISSA, R. H.; NASCIMENTO, J. M. L. Contratação de Servidores Temporários para Implementação de Políticas Públicas: o Caso “Programa trainee de Gestão Pública”, 2020, *forthcoming*.

PEREIRA, A. C. M. **Civil Servants: Tenure, Incentives and Democracy in the Administrative State in Brazil and Latin America**. No prelo, *forthcoming*.

RABELLO, F. O Regime de Emprego no Âmbito da Administração Pública. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 76-84, out./dez. 2010.

RIBEIRO, C. V. dos S.; MANCEBO, D. O servidor público no mundo do trabalho do século XXI. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 33, n. 1, p. 192-207, 2013.

SANTOS, C. H. M. DOS et al. **Evolução do emprego público nos governos subnacionais brasileiros no período 2004-2014**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade, do Centro de Educação e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Carlos. 2016.

SÜSSEKIND, A. Da relação de trabalho. **Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 46, p. 43-49, jan./dez. 2009.

TAVEIRA, Z. Z. **Precarização dos vínculos de trabalho na estratégia saúde da família: revisão de literatura**. Monografia apresentada ao NESCON da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial a obtenção de Título de Especialista em Atenção Básica em Saúde da Família. 2010.

Tribunal de Contas da União – TCU. Plenário, Acórdão nº 2018/2019, TC 033.286/2018-3, j. em 28.08.2019.

VIEIRA, R. DE A.; MACIEL, L. S. B. Repercussões da acumulação flexível no campo educacional: o professor temporário em questão. **Revista HISTEDBR On-line**, v. 11, n. 41e, p. 156-169, 2011.

ZYMLER, B. Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 29, n. 75, 1998.

TABELAS

ANEXOS

Quadro 1: Hipóteses de contratação temporária pela Administração Pública, conforme a legislação das dez capitais brasileiras mais populosas e seus respectivos estados⁵⁰

Hipóteses de cabimento da contratação temporária ⁵¹	Localidades em que a hipótese está prevista	
	Estados	Capitais
Calamidade pública	RJ, DF, BA, MG, PR, PE, GO, AM, CE	São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza, Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Goiânia
Endemias e surtos, epidemias e emergências em saúde	PR, PE, MG, GO, BA, DF, RJ, AM, CE	São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza, Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Goiânia
Campanhas de saúde	RJ, PR, GO	São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba, Goiânia
Contratação de professor visitante e/ou professor substituto	RJ, BA, PE, GO, AM, CE (para ambos: professor substituto e visitante) DF (apenas professor substituto) PR (apenas professor visitante)	São Paulo, Fortaleza, Manaus (apenas professor substituto), Recife, Goiânia
Substituição ou necessidade de pessoal na área de saúde	PR	Rio de Janeiro e São Paulo
Contratação de profissionais de saúde para realizar convênios e acordos com outros entes federados	GO	Goiânia
Necessidade de pessoal em decorrência de exoneração, demissão, dispensa, falecimento ou aposentadoria	SP	São Paulo e Curitiba

⁵⁰ Lei Estadual de São Paulo n. 1.093/2009; Lei Municipal de São Paulo n. 10.793/1989; Lei Estadual do Rio de Janeiro 6.901/2014; Lei Municipal do Rio de Janeiro n. 1.978/993; Lei do Distrito Federal n. 4.266/2008; Lei Estadual da Bahia n. 6.677/1994; Lei Complementar do Município de Salvador n. 02/1991; Lei Complementar n. 809/2015 do Estado do Ceará; Lei Complementar n. 158/2013 do Município de Fortaleza; Lei Estadual de Minas Gerais n. 18.185/2009; Lei Municipal de Belo Horizonte n. 11.175/2019; Lei Estadual do Amazonas n. 2.607/2000; Lei Municipal de Manaus n. 1.425/2010; Lei Complementar do Estado do Paraná n. 108/2005; Lei Municipal de Curitiba n. 15.455/2019; Lei Estadual de Pernambuco n. 14.547/2011; Lei Municipal de Recife n. 18.122/2015; Lei Estadual de Goiás n. 13.664/2000; Lei Municipal de Goiânia n. 8.546/2007.

⁵¹ Destaca-se que um mesmo inciso ou artigo de uma determinada Lei estadual ou municipal pode ter sido classificado em mais de uma hipótese temática.

Hipóteses de cabimento da contratação temporária⁵¹	Localidades em que a hipótese está prevista	
	Estados	Capitais
Necessidade de pessoal em razão de afastamento ou licença de efetivo	SP, MG, CE e RJ	Belo Horizonte e Fortaleza
Realização de recenseamento, censo, cadastramento e pesquisas estatísticas	GO, MG, BA, PR, AM	Belo Horizonte e Fortaleza
Garantir a continuidade de serviços e atividades essenciais ou evitar prejuízos e perturbações em sua prestação, que causem danos à saúde e à segurança	MG, RJ, PE, DF, SP, AM, CE	São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba, Recife
Garantir a continuidade na prestação de serviços que não permitem investidura em cargo público, de forma a economizar recursos	N/A	Salvador
Realização de serviços, atividades ou projetos de natureza transitória ou sazonal; ou atendimento a circunstâncias sazonais	PE, BA, MG, RJ, CE	Salvador, Curitiba, Belo Horizonte, Recife
Contratação de pesquisadores e profissionais especializados em pesquisa	SP, RJ, PR, PE, GO, DF, CE e AM	Fortaleza
Atendimento de demandas específicas da área da educação, que não a contratação de professor substituto ou visitante (como suprimento de docentes, serviços nas redes escolares ou em unidades educativas)	PR, BA, PE, SP e AM	Salvador, São Paulo e Curitiba
Atendimento de demandas relacionadas à agropecuária	GO, PE, PR, MG, CE e RJ	N/A
Realização de atividades técnicas especializadas	PE, MG, PR, CE e AM	Fortaleza, Manaus, Recife, Belo Horizonte
Realização de eventos	RJ	Rio de Janeiro
Prevenir colapso no transporte e obras públicas	GO	Fortaleza e Goiânia
Prevenir colapso nas atividades públicas de educação, saúde, segurança, meio ambiente, assistência social e previdenciária	N/A	Fortaleza e Goiânia
Realização de serviços emergenciais em rodovias	PR	N/A
Atender a outras situações de urgência	PE e BA	Salvador, Recife
Inundações, enchentes e incêndios	N/A	São Paulo
Realização de obras de saneamento básico em comunidade carente	N/A	Rio de Janeiro

Hipóteses de cabimento da contratação temporária ⁵¹	Localidades em que a hipótese está prevista	
	Estados	Capitais
Atendimento de necessidades de órgãos da Administração Pública	N/A	Salvador, Recife
Gestão e fiscalização de projetos	AM	Fortaleza
Combate a emergências ambientais	CE	Manaus
Incremento do quadro dos Centros de Atendimento ao Turista	N/A	Recife
Atendimento de demanda Extraordinária da Defesa Civil	N/A	Recife
Construção de moradias, quando da desocupação de áreas de preservação ambiental	N/A	Goiânia
Implementação de programas especiais e políticas públicas de saúde, educação e assistência social	N/A	Fortaleza, Manaus e Recife
Implementação de programas e projetos financiados por outras unidades federativas ou por entidades internacionais	SP, CE	Fortaleza
Atendimento de determinações judiciais	AM	N/A
Execução de funções do controle externo	AM	N/A

Fonte: elaboração própria

Quadro 2: Normas sobre prazo, conforme a legislação das dez capitais brasileiras mais populosas e seus respectivos estados

Prazo	Localidades em que a regra está prevista	
	Estados	Capitais
Prazo máximo de 12 meses para todas as contratações	N/A	São Paulo e Fortaleza
Prazo máximo de 12 meses, exceto para docentes, que podem ser contratados até 36 meses	SP	N/A
Prazo máximo de 24 meses	RJ, BA	Salvador
Prazos que variam de acordo com a hipótese de excepcional interesse público a ser atendida	DF, MG, PR, PE, CE e AM	Belo Horizonte, Manaus, Curitiba, Recife, Goiânia
Prazo máximo de 06 meses para a maioria das hipóteses, com algumas exceções	N/A	Rio de Janeiro
Prazo máximo de 36 meses para todas as contratações	GO	N/A

Fonte: elaboração própria

Quadro 3: Normas sobre prorrogação, conforme a legislação das dez capitais brasileiras mais populosas e seus respectivos estados

Possibilidade de prorrogação	Localidades em que a regra está prevista	
	Estados	Capitais
Possibilidade de prorrogação por no máximo 12 meses	RJ	N/A
Possibilidade de prorrogação uma única vez por igual período do contrato original	BA, DF	Fortaleza
Regras de prorrogação variadas de acordo com a hipótese de excepcional interesse público a ser atendida	MG, PE	Manaus, Recife, Goiânia, Curitiba, Belo Horizonte
Possibilidade de prorrogação por igual período do contrato, desde que o somatório das etapas não ultrapasse 24 meses	PR	N/A
Em relação apenas às contratações de professores, possibilidade de prorrogação até o último dia letivo do ano escolar	SP	N/A
Possibilidade de uma única prorrogação de até 03 meses, com exceção dos contratos relacionados ao atendimento de unidades de saúde, que poderão ser prorrogados por até 12 meses	N/A	Rio de Janeiro
Possibilidade de prorrogação apenas até se atingir o limite máximo de 12 meses, relativo a todo o período contratual	N/A	São Paulo
A Lei é silente sobre a possibilidade de prorrogação	GO	N/A
Possibilidade de prorrogação quando o prazo do contrato for inferior a 06 meses, podendo a prorrogação ser efetuada até este limite	N/A	Salvador
Possibilidade de uma única prorrogação por igual período apenas para contratações que visem o combate a surtos endêmicos e suprir serviços de natureza técnica e científica	AM	N/A
Possibilidade de uma única prorrogação por igual período apenas para contratações de professores substitutos ou que visem assistir situações de calamidade pública ou de emergência em saúde	CE	N/A

Fonte: elaboração própria

Quadro 4: Normas sobre recontratação da mesma pessoa, conforme a legislação das dez capitais brasileiras mais populosas e seus respectivos estados

Possibilidade de Recontratação	Localidades em que a regra está prevista	
	Estados	Capitais
Admitida após transcorrido o prazo de 24 meses entre as contratações	GO MG (admitidas algumas exceções)	São Paulo, Curitiba, Salvador, Rio de Janeiro e Belo Horizonte (admitidas algumas exceções)

Admitida após transcorrido o prazo de 12 meses entre as contratações	RJ DF e CE (apenas para hipóteses específicas)	Recife, Goiânia Manaus (admitidas algumas exceções)
Admitida apenas quando o prazo máximo de 12 meses não tiver sido atingido (não podendo o somatório dos prazos contratuais exceder esse limite), ou quando decorrente de outro processo seletivo simplificado	N/A	Fortaleza
Vedada a contratação da mesma pessoa antes de decorridos 200 dias do término do contrato	SP	N/A
Admitida a recontração da mesma pessoa desde que o somatório das etapas de contratação não ultrapasse o prazo de 48 meses	BA	N/A
Admitida a contratação da mesma pessoa pelo período que faltar para completar o prazo máximo admitido para a contratação	GO	N/A
Admitida a contratação da mesma pessoa, desde que transcorrido o período de 06 meses entre as contratações	PE	N/A
A Lei é silente sobre a possibilidade de recontração	PR e AM	N/A

Fonte: elaboração própria

Quadro 5: Normas sobre direitos e deveres do contratado, conforme a legislação das dez capitais brasileiras mais populosas e seus respectivos estados

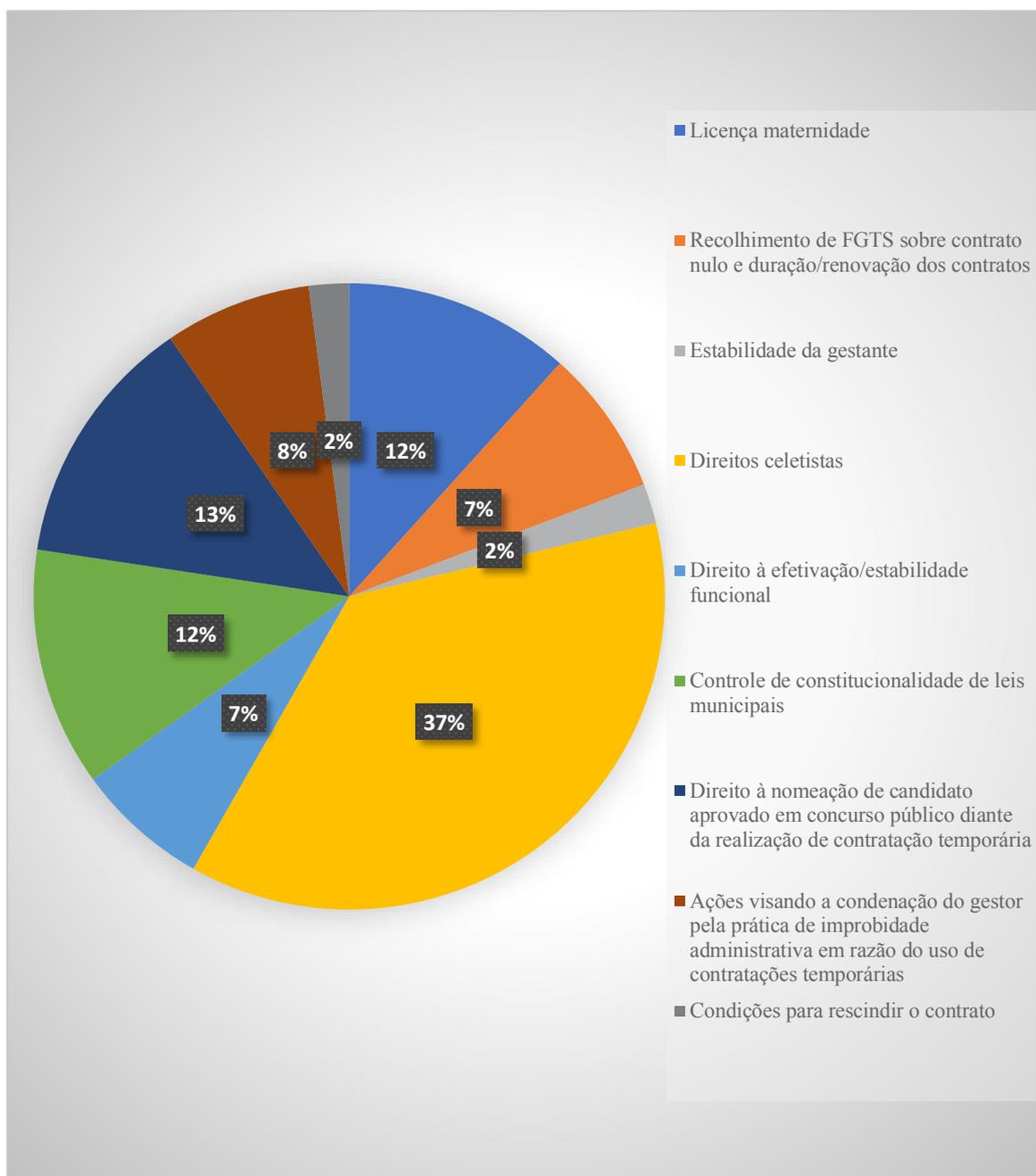
77

Direitos e deveres do contratado	Localidades em que a regra está prevista	
	Estados	Capitais
Contratado submetido aos mesmos deveres, obrigações e responsabilidades dos estatutários estaduais ou municipais	SP, RJ, MG, PR, GO, CE e AM	São Paulo, Salvador, Belo Horizonte, Manaus
Deveres, proibições, responsabilidades e direitos equiparados aos estatutários federais	DF	N/A
Contratação regida pela CLT	N/A	Rio de Janeiro
Direitos iguais aos dos servidores estatutários estaduais, nos termos da Constituição do Estado	PR	N/A
Contratado submetido a regime jurídico-administrativo, sem a lei especificar direitos e deveres	BA	Fortaleza
Todas as proteções previstas no art. 39, par. 3º, da Constituição Federal	MG	Belo Horizonte
Previsão de alguns direitos equiparados aos servidores estatutários municipais e estaduais	MG, GO, AM	N/A
Previsão nos termos da Lei de regência de licença maternidade, 13º salário e férias	RJ, PE, CE SP (com exceção da licença maternidade)	Recife, Curitiba, Goiânia

Direitos e deveres do contratado	Localidades em que a regra está prevista	
	Estados	Capitais
Previsão nos termos da Lei de regência de outros direitos variados (p.ex. afastamentos, concessões, gratificações, adicionais, etc.)	RJ, PR, PE, CE	Recife, Curitiba, Goiânia Salvador
Contratado tem, no que couber, os mesmos direitos dos estatutários municipais ou estaduais	N/A	São Paulo, Manaus
Auxílio transporte e vale alimentação equiparados aos servidores municipais estatutários	N/A	Salvador
Previsão expressa de não ser aplicáveis os mesmos direitos dos estatutários municipais	N/A	Curitiba
Deveres, proibições e responsabilidades especificados na Lei de regência	PE	Recife

Fonte: elaboração própria

Gráfico 1: Distribuição dos temas encontrados nas decisões do TJ-SP



Fonte: elaboração própria

Guilherme Balbi Rebeca Mathias Lins

A atuação extrajudicial do Ministério Público
de São Paulo no *enforcement* do artigo 37
da Constituição Federal de 1988



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

A atuação extrajudicial do Ministério Público de São Paulo no *enforcement* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988*

Guilherme Balbi

Rebeca Mathias Lins

Resumo: Esse artigo visa investigar a forma como o Ministério Público de São Paulo atuou de forma extrajudicial, por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), no *enforcement* do artigo 37, II e V da Constituição Federal de 1988. Para isso, foram analisados 251 TACs classificados na temática “pagamento de pessoal e plano de carreira” que abordavam a obrigatoriedade de contratação via concurso público para cargos técnicos e burocráticos e os critérios de adequação para os cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração. Os documentos foram celebrados pelo MP-SP com o poder Executivo e Legislativo de 121 municípios paulistas e classificados de acordo com diversos critérios: se envolviam ou não políticas públicas, qual etapa do ciclo se enquadram, o tipo de providência, os destinatários, dentre outros. A análise permite entender o tipo de medida que os TACs costumam trazer, bem como os seus potenciais de influência nas políticas de gestão de pessoal em âmbito municipal. Juntamente aos dados, contextualizaremos o tema na jurisprudência e também destacaremos a sua importância como política institucional elegida pelo MP-SP por meio de seus planos gerais de atuação. Como resultados, identificamos uma postura ativa do MP-SP no tema, impondo rigorosos parâmetros de atuação aos poderes políticos. Além de garantir a execução da lei, promotores e promotoras pactuaram o envio de projetos ao Legislativo, a realização de concursos públicos e a inserção de verbas, em leis orçamentárias, destinadas a esse fim. Tal atuação destaca o papel relevante que os membros do MP-SP podem ter na reestruturação administrativa e na arena política, em especial nas cidades do interior.

1. Introdução

Em setembro de 2017, a Prefeitura de Cotia celebrou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público (MP). Por meio dele, comprometeu-se, em 180 dias, a exonerar 370 ocupantes de cargos em comissão irregulares, bem como extinguir tais cargos. Pactuou, ainda, realizar um estudo sobre tais funções a fim de preparar uma reforma administrativa no âmbito da Municipalidade, e se obrigou a não

* O presente texto obteve a terceira colocação no “1º Concurso de Monografias Direito Público dos Recursos Humanos”. O artigo é resultado parcial de pesquisa desenvolvida no Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da FGV Direito SP e financiada pelo Fundo de Pesquisa Aplicada da Presidência da FGV.

mais contratar servidores sem a observância do art. 37, II e V da Constituição Federal de 1988 (CF/88)¹.

Presente na Constituição de 1988, a exigibilidade de concurso público para ocupar funções técnicas e burocráticas do Estado é norma que decorre dos princípios da igualdade e da forma de governo republicana. Entretanto, sua efetivação encontra obstáculos: dada a diversidade de regimes administrativos, prefeituras nomeiam como cargos em comissão funções consideradas técnicas ou burocráticas, alegando estarem dentro do âmbito da autonomia municipal.

A inobservância da Constituição, nesse ponto, tem sido suscitada perante o Judiciário e é objeto de diversos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). Tais documentos demonstram uma atuação provocada por um ator pouco estudado: o Ministério Público.

Além da ampla atribuição constitucional, o órgão foi dotado de poderosos instrumentos extrajudiciais, como o Inquérito Civil e o TAC. Esse aparato foi bastante mobilizado para alguns temas, dentre os quais a Improbidade Administrativa. O tema foi o mais tratado pelo MP em 2017, correspondendo a 16,1% do total de procedimentos (CNMP, 2017, p. 52). No Sudeste, o tema demonstrou igual relevância, com 10,3% do total de procedimentos extrajudiciais no mesmo ano (CNMP, 2017, p. 52).

Conforme demonstramos nessa pesquisa, grande parte dessa atuação se direcionou à concretização da exigibilidade de concurso público, insculpida no art. 37 da Constituição de 1988. Entre 2010 e 2019, encontramos 251 TACs celebrados entre o MP-SP e instituições políticas municipais acerca do tema. Tal atuação pode causar bastante impacto na organização administrativa de municípios e órgãos públicos, forçando a exoneração de centenas de funcionários, exigindo a realização de concursos públicos com custo ao erário e até pautando reformas administrativas ou determinando o envio de projetos de lei à câmara municipal. Dado que, em várias leis orgânicas, é de competência privativa do Executivo legislar sobre a criação de cargos municipais (à semelhança do disposto, no âmbito federal, pelo art. 61, §1º, II, “a”), tal atuação é bastante relevante, uma vez que permite que atores não eleitos influenciem ou até pactuem a formulação de um projeto de lei que não poderia ser proposto nem mesmo pelos vereadores.

¹ Presente em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=17515117&id_grupo=118. Acesso em 14.12.2020.

Diante de tal relevância, essa pesquisa se pauta pela seguinte pergunta: como o Ministério Público de São Paulo tem atuado para concretizar a exigibilidade de concurso público para funções técnicas e burocráticas, insculpida no art. 37, II e V da Constituição Federal de 1988?

Para respondê-la, analisamos quantitativamente 93 dos 251 TACs encontrados acerca do tema. Em tais TACs, o MP pactuou não só que o Executivo deveria reestruturar o âmbito de sua administração, mas também que enviasse projeto de lei ao Legislativo e, por vezes, estipulava conteúdo e critérios para esses. Por constituírem intervenções com ampla margem de discricionariedade sob o poder político, tais casos foram selecionados para entender como o MP utilizou a ferramenta extrajudicial – que providências impôs para as prefeituras, se atuou preventivamente ou após a reparação do dano, o grau de detalhamento de suas medidas, dentre outros.

Por meio desse artigo, buscamos apresentar os resultados obtidos por meio do banco de dados dos TACs celebrados pelo MP-SP com órgãos públicos em relação ao tema da forma de contratação para o serviço público. Com isso, demonstraremos que tal atuação é relevante para a gestão pública municipal, influenciando a sua agenda e formas de contratação de pessoal. Tais achados permitem uma interlocução tanto com a literatura da gestão pública – que pode analisar o impacto dessa ação na gestão municipal – quanto do direito e da ciência política, em relação ao papel e atuação do MP em relação aos limites – por vezes pouco claros - entre o direito e a política.

O artigo será estruturado do seguinte modo: iniciaremos explicando brevemente o conteúdo do art. 37 da CF/88 e as discussões jurisprudenciais em torno dele, em seguida, abordaremos os objetivos e conceitos envolvendo os TACs e a sua relação com as políticas públicas, bem como a importância do tema das contratações para o MP-SP. No item 3 articularemos esses pontos com os achados quantitativos do banco de dados e concluiremos com alguns pontos para análises futuras.

2. A exigibilidade do concurso público: o art. 37 da Constituição Federal de 1988

Inerente ao princípio da igualdade, a exigência formal de concurso público para ocupar cargos públicos só apareceu na Constituição de 1934², substituindo a escolha

² “Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionarios Publicos, obedecendo ás seguintes normas, desde já em vigor: 2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas,

discricionária dos dirigentes que tinha prevalecido até então, mesmo em contexto republicano³. Seu alcance, que ainda era restrito a alguns cargos, só passou a abranger o provimento de todos os cargos públicos com a promulgação da Constituição de 1967⁴; entretanto, a dificuldade em organizar os diversos casos de cargos em carreira fez com que a Constituição de 1969 reduzisse novamente seu escopo, aplicável apenas em relação à primeira posse do servidor, podendo progredir em outras carreiras uma vez ingressado no serviço público.

A necessidade de concretizar o princípio da igualdade e romper com qualquer resquício antidemocrático fez com que a Constituição de 1988 banisse as formas de investidura de ascensão e transferência. Desse modo, os concursos públicos seriam a regra para todos os cargos públicos, exceto os de livre nomeação, que poderiam ser preenchidos por nomeação; uma vez investido no cargo, o servidor apenas poderia progredir dentro daquela carreira.

A redação do dispositivo, com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19 de 1988 – aprovada no âmbito das reformas administrativas do estado, que visavam trazer mais eficiência e modernidade ao Estado brasileiro - ficou assim:

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: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo⁵, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (BRASIL, 1988).

e nos demais que a lei determinar, effectuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.” (BRASIL, 1934).

³ Na Constituição de 1824, o art. 179, XIV dispunha que “todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.”. Já o art. 73 da Constituição da República de 1891 afirmava que “os cargos publicos, civis ou militares, são accessiveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as accumulações remuneradas.”. (BRASIL, 1824).

⁴ “Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. §1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. §2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.” (BRASIL, 1967).

⁵ Por serem ocupadas por servidores efetivos, as funções de confiança são ocupadas apenas por pessoas que passaram em concurso público, embora não para o cargo exercido em confiança. A função é de livre exoneração, mas o cargo efetivo continua em vigor. Já os cargos em comissão podem ser ocupados livremente, por pessoas que não foram aprovadas em concurso público, ressalvado o percentual mínimo reservado aos servidores de carreira.

De reprodução obrigatória, tal dispositivo foi assim redigido na Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração; (...) V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (SÃO PAULO, 1989)

Ao estipular critérios e condicionar essa forma de contratação excepcional aos limites previstos em lei, a EC nº 19/98 – conjuntamente com outras medidas – buscou modernizar o Estado brasileiro e coibir práticas contraditórias aos princípios da administração pública, como o clientelismo e o patrimonialismo, frequentemente associadas aos cargos de confiança. Barbosa (1996) destaca que países mais desenvolvidos ao longo do tempo, no século XIX, foram se desfazendo da chamada *spoil systems*, que consiste praticamente - grosso modo - na troca de favores, oferta de cargos e funções públicas aos companheiros e apoiadores de campanha política. Dessa maneira, limitou o ingresso através de concurso aos seus cargos iniciais, “ao mesmo tempo em que libera os escalões superiores para as nomeações e influências políticas, tradição que se mantém, em parte, até hoje” (BARBOSA, 1996). Como solução a este problema, foi criada a forma de recrutamento pelo concurso público, respeitando-se os princípios da isonomia, moralidade e, conseqüentemente, efetividade do serviço público.

Santos aponta que o serviço público precisa de continuidade, para que as instituições sejam fortalecidas, motivo pelo qual a estabilidade do servidor efetivo é tão importante. Os cargos de confiança, por outro lado, são muito importantes para que o representante eleito tenha discricionariedade para guiar o corpo de servidores efetivos no sentido da concretização de seu plano de governo elegido pelo povo. Aqui consideraremos essa opção feita pelo constituinte como uma política pública relacionada ao “pagamento de pessoal e plano de carreira”, a fim de classificar os TACs analisados, conforme explicitação adiante.

A concretização da realidade prevista na CF/88 parece distante da prática da administração pública, pois, apesar dos avanços na legislação, o Brasil caminha de forma

muito lenta para diminuir a quantidade de cargos comissionados e estabelecer critérios e formas de admissão para coibir práticas antirrepublicanas. Como veremos, no âmbito municipal, há uma atuação extrajudicial massiva do MP-SP para a elaboração de legislações e exoneração de funcionários comissionados que não atendam aos requisitos constitucionais. Também há uma discussão jurisprudencial sobre a aplicação desses critérios, em que a atuação do MP-SP foi essencial para garantir a vitória da tese defendida pelo órgão.

As diversas ações interpostas contra a prática, e o elevado impacto que isso pode trazer à dinâmica interna da administração, levantam determinados questionamentos: (i) quais os critérios para definir quais cargos podem ser comissionados, de livre nomeação e exoneração; (ii) como as instituições do sistema de justiça respondem a desafios como o impacto dessas nomeações na administração pública.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão vem sendo recorrentemente discutida. O entendimento da jurisprudência do STF foi pacificado em um recurso extraordinário julgado em 2018 (STF, 2018, RE 1.041.210/SP), dotado de repercussão geral. Advindo do Órgão Especial do TJ/SP, que havia declarado a inconstitucionalidade da criação de cargos comissionados dotados de natureza técnica na prefeitura de Guarulhos, o caso trazia a alegação de que o município teria agido dentro da autonomia que lhe foi conferida pela Constituição para criar e extinguir cargos. A ação havia sido protocolada pelo MP-SP, que sustentava a tese da inconstitucionalidade dos cargos e buscava estabelecer critérios para a configuração dessas hipóteses excepcionais.

Relatado pelo ministro Dias Toffoli, o caso se ancorou em diversos precedentes do STF para firmar a tese de que:

a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (RE 1041210 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)

Ao menos no que se refere ao estado de São Paulo, objeto dessa pesquisa, a sedimentação dessa tese pelo STF não representou grande mudança jurisprudencial. O

TJ-SP já vinha entendendo por requisitos semelhantes para configuração de cargos em comissão e, em inúmeras oportunidades, havia reafirmado a exigência de concursos públicos para preenchimento de diversos cargos, muitas vezes sem se atentar à relevância e ao impacto que tais alterações trariam para o ente administrativo⁶. Importante ressaltar, também, que muitos desses casos eram provenientes diretamente do Ministério Público – ajuizados pelo Procurador Geral de Justiça⁷ – ou indiretamente, como em decorrência do não cumprimento de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)⁸, o que indica a importância da atuação desse órgão.

⁶ Como exemplo, podemos citar: “Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública. Contratação de cerca de 400 servidores sem concurso público. Descumprimento das condições impostas pela lei municipal que instituiu a “Frente para o Trabalho”. Irregularidade reconhecida. Inexistência de situação emergencial a justificar a inexigibilidade do concurso. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Contratação de mais de 200 pessoas para cargo em comissão para exercer funções destituídas das atribuições de direção, chefia e assessoramento. Violação ao art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Irregularidade reconhecida. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Frustração a concurso público que fere os princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade e moralidade administrativa. Inteligência do art. 11, V da Lei nº 8.429/92. Condenação do ex-Prefeito pela prática de ato de improbidade. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 0006624-78.2008.8.26.0586; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Roque - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 20/05/2014; Data de Registro: 22/05/2014).”

⁷ De todas as ações diretas de constitucionalidade propostas pelo Procurador Geral de Justiça de São Paulo em 2019, ao menos 10 versaram sobre esse tema, conforme se depreende de: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/Adins_PGJ_Iniciais2019.

⁸ A busca pelas palavras-chave “art. 37, II” e “concurso público” e “Ministério Público” e “Termo de Ajustamento de Conduta” na aba de jurisprudência do TJ-SP trouxe 80 resultados. Transcrevo, aqui, a ementa dos mais relevantes para essa pesquisa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ofensa aos Princípios da Administração Pública, devidamente confirmada pelas provas produzidas – Criação abusiva de cargos comissionados que já haviam sido considerados anteriormente indevidos, diante da assinatura do ex-Prefeito no TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), porém, insiste no desrespeito à Constituição Federal (art. 37, II) com exoneração e novas contratações de comissionados, em relação aos cargos que deveriam ser providos por concurso público – Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado – Procedência da ação mantida, porém com adequação das penalidades administrativas ao art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa – Recurso do réu provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1000394-34.2014.8.26.0152; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Cotia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 13/12/2017); “APELAÇÃO – Embargos à execução de título extrajudicial – Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) – Multa em decorrência do descumprimento do pactuado – Certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo – Inteligência do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 – Diante da comprovação do descumprimento da obrigação contida no TAC é exigível a multa nele estabelecida – Sentença de improcedência dos embargos mantida – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1001792-57.2017.8.26.0654; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Vargem Grande Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 06/10/2020; Data de Registro: 06/10/2020); “Improbidade Administrativa – Alegação de que os réus descumpriram injustificadamente TAC – Editada Lei Municipal nº 5.199/2014 que extinguiu os cargos, mas criou outros com características de cargos para provimento efetivo – Exoneração de 66 servidores comissionados e contratação de outros 44 – Falta de demonstração de dolo, má fé ou vantagem indevida dos réus – Sentença improcedência mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1006346-40.2019.8.26.0565; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Caetano do Sul - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/09/2020; Data de Registro: 24/09/2020)”

Em um caso, entretanto – posterior ao recurso extraordinário com repercussão geral do STF -, o Órgão Especial do TJ/SP firmou um entendimento mais ampliado que permitiria a nomeação do cargo de consultor jurídico – o qual foi objeto de muitos TACs analisados - sem a exigência de concurso público.

Reforçando a autonomia municipal, o precedente defende que o cargo teria nítida natureza política, devendo estar alinhado com as diretrizes do Executivo, uma vez que prestava assistência direta ao prefeito. O acórdão ficou assim ementado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei complementar municipal que cria cargo de Consultor Jurídico do Município de Fartura, com funções de planejamento estratégico das ações governamentais e de interlocução perante a Procuradoria Jurídica Municipal para implementação das diretrizes almejadas pelo chefe do poder executivo. Possibilidade. Prevalência da autonomia municipal. Ausência de obrigação de obedecer aos mesmos parâmetros da Constituição Estadual (artigos 98 e 99) para instituição de sua Consultoria Jurídica. Poder de auto-organização decorrente da autonomia do ente federativo. Precedentes deste OE e do STF. Ação improcedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2287461-31.2019.8.26.0000; Relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 23/09/2020; Data de Registro: 30/09/2020)

O processo de concretização do art. 37 da Constituição tem esbarrado, portanto, em dificuldades que recorrentemente levam a questão ao Judiciário. Apesar de uma orientação pacificada, as soluções jurisprudenciais podem variar a depender do cargo e do caso, levando a intervenções mais pontuais ou mais estruturais na administração pública.

Paralelamente à solução jurisprudencial, o Ministério Público também tem tido atuação expressiva na concretização do dispositivo constitucional. As distintas formas com que ele tem manejado instrumentos extrajudiciais para tal finalidade serão analisadas a seguir.

3. O Ministério Público, as políticas públicas e os termos de ajustamento de conduta (TACs)

O MP recebeu amplas atribuições, como a defesa dos direitos difusos e coletivos, o zelo pelos direitos constitucionais e a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Para a execução de ambiciosas missões, a CF/88 conferiu ao órgão autonomia funcional (igualando às prerrogativas dos membros do poder judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios) e independência institucional no nível

administrativo-orçamentário (podendo esse elaborar a sua proposta orçamentária e de criação de cargos).

Em relação aos instrumentos extrajudiciais, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um instrumento extrajudicial forjado em meio às mudanças legislativas da década de 80 que desaguariam no novo modelo institucional consolidado pela Constituição de 1988 (ARANTES, 2002). Por meio dele, o Ministério Público – ou outro órgão legitimado para celebrá-lo (art. 5º da Lei nº 7.347/85) – pactua, junto de um órgão público ou particular, as condições e termos para reparar um dano já cometido ou prevenir que um dano ocorra. Uma vez celebrado, o TAC adquire status de título executivo extrajudicial e, no caso de descumprimento de seus termos, pode ensejar a judicialização e a consequente cobrança de vultuosas multas a serem arcadas pelo(s) compromissário(s) do acordo⁹.

A natureza jurídica do TAC é definida por Cambi e Goes Lima (2011, p.7-8) como “um negócio jurídico bilateral e solene, com conteúdo declaratório e constitutivo de eficácia de título executivo extrajudicial, que tem por finalidade prevenir ou solucionar consensualmente conflitos de interesses transindividuais”. Ele pode ser proposto pelos órgãos públicos legitimados a ingressar com a ACP, exceto as associações civis, empresas públicas e sociedades de economia mista. Trata-se de um título executivo extrajudicial e, “para sua plena eficácia, deverá revestir-se da característica de liquidez, estipulando obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto” (MP-SP, 2006). O termo será assinado pelo Ministério Público e pela(s) partes(s) – denominadas compromitentes ou compromissárias e submetido à homologação pelo CSMP.

Cumprе ressaltar que o TAC geralmente é fruto de uma investigação realizada por meio do IC, no qual o MP-SP apura fatos ou indícios de fatos a respeito da lesão ou risco de lesão a direitos transindividuais e pode ser feita de ofício pelo membro do MP, por representação de qualquer cidadão ou via notícia de outros tribunais. Assim, apesar de formalmente conceituados como um instrumento de negociação, os TACs podem representar um relevante método de acomodação de preferências e até formulação de políticas por parte dos membros do Ministério Público.

Essa hipótese é corroborada pelo uso frequente do instrumento para dirimir conflitos relacionados às políticas públicas, envolvendo temas de grande discricionariedade administrativa. Assim, se por um lado, tamanho potencial pode ser

⁹ Os TACs analisados nesse artigo abrangem desde multas diárias de R\$ 1.000 até multa mensal de R\$ 50.000, além da pena de o descumprimento do TAC incorrer em ato de improbidade administrativa.

utilizado por promotores para a prevalência de suas preferências, por outro ele pode representar um meio eficiente e menos custoso de concretizar políticas públicas prescritas no ordenamento jurídico mas não efetivadas pelo Poder Público.

Para exemplificar o argumento de que os TACs estão estritamente relacionados às políticas públicas e, portanto, trazem soluções de caráter amplo e discricionário, apresentaremos um trecho do manual de atuação em tutela coletiva do MPF. O documento ressalta duas circunstâncias interessantes que favorecem a utilização do TAC:

- 3) grande **complexidade** da questão envolvida, relacionada a **conhecimentos não-jurídicos** e muito específicos, que, por isso, seriam tratados com muita dificuldade na via judicial, dadas as várias dificuldades para produção da prova (necessariamente por demoradas e plurívocas perícias);
- 4) dificuldade de se visualizar com clareza a forma de corrigir a lesão coletiva ou a **presença de discricionariedade** nessa identificação, circunstâncias que se evidenciam quando não se viabiliza algum pedido específico a ser formulado em eventual inicial. (GAVRONSKI, 2006, p.119-120)

O manual afirma que o TAC pode ser utilizado não apenas para ajustar uma conduta que está em desconformidade com a lei, mas para equacionar violações de direitos coletivos “sem que se possa identificar exatamente qual a conduta contrária à lei ou, mais especificamente, quais as causas e as responsabilidades desse descumprimento” (GAVRONSKI, 2006, p.121). Trata-se, portanto, de um instrumento que admite e, por vezes, exige soluções que vão além do cumprimento literal da legislação, abrindo-se uma margem de negociação maior daquela que seria possível nos estritos limites do pedido certo e determinado do processo civil. Devido a isso, o manual recomenda cuidado para que o MP não substitua o órgão público fiscalizador ou regulador em suas orientações ao compromissário, subvertendo o funcionamento do Estado e inviabilizando o trabalho do próprio MP.

Unindo essas amplas possibilidades de negociação do MP por meio do TAC e as suas atribuições na defesa dos direitos difusos e coletivos, somada à ampla gama de direitos constitucionalizados, a sua atuação em políticas públicas era algo esperado. Os estudos empíricos recentes e a literatura confirmam essa atuação e apontam para a necessidade de incluir o órgão na análise das políticas públicas, dada a diversidade de instrumentos judiciais e extrajudiciais que mediam a interlocução com os demais poderes (OLIVEIRA, [s.d]; OLIVEIRA, MARCHETTI, 2013; TAYLOR, 2007; XIMENES *et al.* 2019).

Entretanto, por vezes essa atuação é difícil de ser analisada devido à independência funcional dos membros do MP-SP, que possuem um amplo espectro de atuação e não estão vinculados a uma estrutura de mando e obediência (SADEK). Assim, apesar do órgão elaborar planos estratégicos de atuação (SAMPAIO, 2017), não existe formalmente uma estrutura de coordenação que vincule a ação dos membros do órgão. Isso pode ocasionar uma atuação difusa, gerando diferentes perfis de promotores(as) (promotor de gabinete e fato) e complexificando ainda mais a análise do órgão.

Essa constatação não exclui a possibilidade de coordenação do órgão pelas instâncias superiores, como ocorreu no caso da política aqui estudada, conforme veremos a seguir.

a. O Ministério Público e as políticas públicas de pagamento de pessoal e plano de carreira

Os planos gerais de atuação (PGAs) do Ministério Público de São Paulo estipulam metas e indicadores anuais que devem ser alcançados pelas unidades do órgão. Em estudo conduzido por Sampaio (2017), a autora identificou que a maioria das metas envolvem atores externos ao órgão – principalmente o poder executivo – buscando influenciar a sua agenda de acordo com as prioridades do MP-SP. A autora ressalta que o conteúdo dos PGAs extrapola o limite da legalidade, adentrando na seara da discricionariedade, concluindo que:

há algum exagero na forma como promotores e procuradores concebem suas próprias competências institucionais ao decidir as metas que comporão o PGA. Isso porque, mais do que fiscais da lei e da CF/88, eles se concebem como formuladores de políticas públicas, o que evidentemente vai além das competências previstas para uma instituição cujos integrantes não são democraticamente eleitos e estão longe de formas mais efetivas de controle popular. (SAMPAIO, 2017)

No caso das políticas públicas de pagamento de pessoal e plano de carreira, identificamos metas relacionadas ao tema nos seguintes anos, nos PGAs disponíveis e encontrados no site da instituição:

- 2008-2009 e 2016¹⁰: combate à existência de cargos comissionados com atribuição técnica, administrativa e burocrática, e não de chefia, assessoramento e direção e à contratação de pessoal sem concurso público por meio de OSCIP e OS (esta última presente apenas em 2008);

¹⁰ RESOLUÇÃO Nº 539 - PGJ, DE 06 DE JUNHO DE 2008; Ato Normativo nº 620-PGJ, de 17 de dezembro de 2009.

- 2010 a 2014¹¹: combater a escolha de Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) para celebrar contratos de gestão e termos de parceria, respectivamente, em desrespeito aos princípios que norteiam a Administração Pública (art. 37 da CF), especialmente legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência;

Esses dados indicam a relevância que o tema possui para o MP-SP, estimulando a atuação de seus membros nessa temática junto aos municípios. Devido à independência funcional dos membros, não podemos pressupor que este foi observado pelos membros. Nosso objetivo é apenas demonstrar que a temática foi incorporada como uma política institucional, independentemente do impacto dos PGAs na atuação de seus membros.

4. Análise quantitativa dos TACs celebrados pelo MP-SP com órgãos públicos

Diante dessas múltiplas possibilidades, o banco de dados que embasou esse artigo buscou entender como promotores e promotoras utilizam esse instrumento diante do Poder Público. Coletamos todos os TACs presentes no Sistema de Consulta Pública de Procedimentos do Ministério Público de São Paulo (SIS-MP) até março de 2020, totalizando 7.108 documentos. A partir da classificação desses TACs no sistema do Ministério Público, separamos aqueles que possuíam órgãos públicos como parte, resultando 1.141 casos. Ao analisá-los, verificamos que 980 desses TACs de fato traziam órgãos públicos como parte e foram analisados conforme as variáveis expostas abaixo.

Em uma primeira dimensão, buscamos analisar as principais características do TAC, expostas abaixo:

- Como o Inquérito Civil foi originado (de ofício, por representação, comunicação ou determinação do Procurador Geral de Justiça);
- Abrangência dos destinatários do TAC (se era ampla, abrangendo uma coletividade sem identificar destinatários específicos; se era restrita, possibilitando identificar destinatários específicos; ou se envolvia tanto obrigações voltadas a destinatários amplos quanto específicos);
- Quem eram as instituições citadas como responsáveis pela execução das medidas do TAC;

¹¹ Ato Normativo nº 670 - PGJ, de 17 de dezembro de 2010; Ato Normativo nº 721-PGJ, de 16 de dezembro de 2011 e Ato Normativo nº 721-PGJ, de 16 de dezembro de 2011.

- Quem eram os destinatários das medidas do TAC;
- Se o TAC foi firmado quando o dano já aconteceu, e as medidas visam reparar o dano (fiscalizatório) ou quando o dano não ocorreu e as medidas são preventivas para evitá-lo (preventivo);
- Quais os tipos de providências administrativas trazidos pelo TAC (planejar, executar, fiscalizar, legislar);
- O tipo de multa (diária, mensal) e o valor;
- Tempo transcorrido;
- Leis que fundamentaram a medida;

Em um segundo momento, buscamos avaliar o TAC a partir da ótica das políticas públicas.

- Classificação do TAC: classificamos se, nas medidas do TAC, o Ministério Público se restringiu a prever medidas fiscalizatórias para obrigar o cumprimento da lei (classificadas como “poder de polícia”) ou se abordou outros aspectos da política, apresentando caminhos além daqueles dispostos em lei para reparar o dano ou prevenir que ele ocorresse (classificadas como “políticas públicas”)¹²;
- Os TACs classificados como “políticas públicas”, que via de regra envolveram maior grau de discricionariedade do promotor na solução do problema apresentado, foram ainda analisados conforme o ciclo de políticas públicas¹³; se interferiam na identificação de problemas e elaboração de programas; se buscaram influenciar a implementação de políticas; ou envolveram a avaliação de políticas.
- Detalhamento do TAC: os TACs também foram classificados conforme o detalhamento de suas medidas;
- Detalhamento técnico das medidas: verificamos se o TAC se apoiou em fundamentação técnica ou de órgãos técnicos;

¹² Entendemos que a classificação entre TACs de poder de polícia e políticas públicas possui algumas limitações, já que a própria opção por fiscalizar determinada lei pode significar uma influência na agenda do município. Entretanto, optamos por esse recorte, a fim de separar os TACs que adentravam na discricionariedade administrativa de forma mais explícita, permitindo classificações e sistematizações do universo analisado.

¹³ O ciclo de políticas públicas consiste em uma ferramenta conceitual que “subdivide o agir público em fases parciais do processo político-administrativo de resolução de problemas” (FREY, 2000, p. 226). O ciclo subdivide o processo de produção de uma política em três etapas: formulação (identificação do problema, escolha de soluções e estratégias para enfrentá-lo); implementação (execução da política escolhida); e avaliação (medir seus efeitos de acordo com as metas formuladas) (VIANNA, 1996). Embora preponderante sobre os poderes políticos, a literatura recente do tema (BARREIRO, FURTADO, 2015) passou a envolver também o Poder Judiciário, em especial na fase de implementação das políticas.

- Organização da Sociedade Civil: averiguamos se o TAC previa o envolvimento de organizações da sociedade civil.

Por fim, também classificamos os TACs de acordo com a categoria de política pública veiculada. A fim de especificar a classificação do próprio Ministério Público em seu sistema informatizado (que se restringe a categorias mais amplas, como “Improbidade Administrativa”, “Bens Públicos”, “Servidor Civil”), adicionamos uma dimensão material à classificação – pagamento de pessoal e plano de carreira - conforme categorização cunhada pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais¹⁴. Tal categorização permitiu separar os TACs de acordo com o tipo específico de assunto que ele abordou, conferindo maior possibilidade analítica para o campo de estudo.

Dos 980 TACs analisados, 251 ou 25,7% discutiam, direta ou indiretamente, a exigibilidade de concurso público para exercício de cargos públicos (foram classificados com o tema de “Pagamento de pessoal e plano de carreira”). Tais TACs envolviam órgãos do Poder Público – Prefeituras, Câmaras Municipais, autarquias, etc – que possuíam funcionários em funções técnicas ou burocráticas nomeados por cargos comissionados.

Para essa categoria em específico, consideramos como “poder de polícia” os TACs que se restringiram a reconhecer a inadequação de tais servidores com a Constituição, sem cláusula indicando a necessidade de editar projeto de lei. Via de regra, esses TACs pactuavam a exoneração dos funcionários investidos indevidamente da função pública, sob imposição de multa em caso de descumprimento, bem como demais termos para seu cumprimento. Dos 251 TACs, 158 foram classificados como “poder de polícia” (62,9%), representando uma atuação via de regra menos invasiva e mais contida do Ministério Público.

Em outros TACs, entretanto, promotores e promotoras iam além e, além de pactuarem a exoneração e o cumprimento do dispositivo, inseriam cláusula demandando o envio de projeto de lei ao Legislativo para reestruturação do quadro de servidores de modo compatível com a Constituição. Tais TACs representavam uma alteração mais drástica na administração pública, com impacto administrativo maior e possível imposição de preferências dos promotores na confecção das leis – razão pela qual serão analisados de modo mais aprofundado nesse trabalho. Dos 251 TACs, 93 foram classificados como “políticas públicas” (37%).

¹⁴ Tal classificação pode ser encontrada no seguinte link: <https://politicaspUBLICAS.almg.gov.br/temas/index.html?tagNivel1=205&tagAtual=10182>. Acesso em 14.12.2020.

Por consistirem em participações avaliadas como mais discricionárias dos promotores, esses serão os TACs analisados nesse artigo. Após o panorama geral quantitativo desses TACs, analisaremos os principais achados empíricos à luz de casos específicos, abordados em seguida.

4.1. Resultados parciais dos TACs envolvendo políticas públicas

Os 93 TACs envolveram 64 municípios diferentes, todos situados no interior de São Paulo.

A presença unânime de municípios do interior pode ser sinal relevante da influência que promotores mais próximos às demandas da população têm nas cidades menores – denominados de promotores de fatos.

Dos 93 TACs analisados, apenas 28 possuem informações quanto à origem do IC, especialmente encontrados em promoções de arquivamento. Desses, 12 foram originados de ofício pelo promotor; 11 iniciaram por representação, principalmente de pessoas físicas anônimas (5 dos 11); 4 por comunicação, de juízes ou tribunais; e 1 por determinação do Procurador Geral de Justiça.

Dentre os tipos de abrangência possíveis (ampla, restrita ou ambos), 14 TACs foram classificados como amplos (abrangendo órgãos da administração mais gerais, como todo o Município), 55 como restritos (as medidas tinham destinatários mais específicos, como médicos de um hospital municipal ou uma escola municipal) e 24 como ambos (as medidas previam tanto órgãos mais gerais quanto unidades administrativas específicas).

Os TACs foram celebrados de forma majoritária com integrantes do Poder Executivo, seguido pelo Legislativo (Tabela 1), indicando um possível impacto na prestação de serviços públicos à população, visto que a maioria destes é atribuição do Executivo.

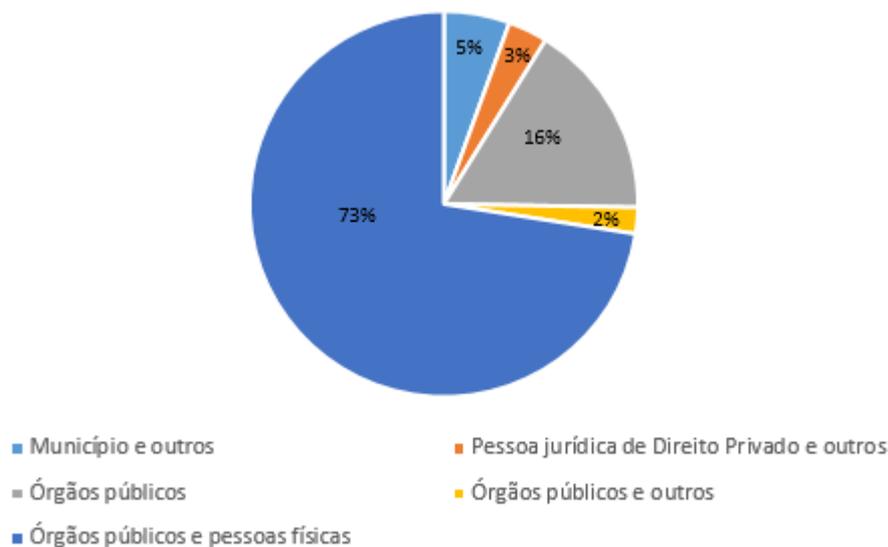
Tabela 1 – Compromissários dos TACs envolvendo pagamento de pessoal e plano de carreira (n=93)

Poder Executivo: Prefeito(a), Vice-Prefeito(a) e secretário(a)	75%
Poder Legislativo	19%
Outros	5%
Total	100%

Fonte: elaboração própria

Os principais destinatários das medidas foram, em conjunto, órgãos públicos (prefeituras, secretarias, autarquias, etc) e pessoas físicas. Demonstrada no gráfico 1, tal prevalência simboliza que a principal atuação do Ministério Público se voltou aos órgãos públicos (reestruturando as carreiras) e a pessoas físicas (exonerando aqueles que ocupavam indevidamente tais cargos).

Gráfico 1 - Destinatários dos TACs (n=93)



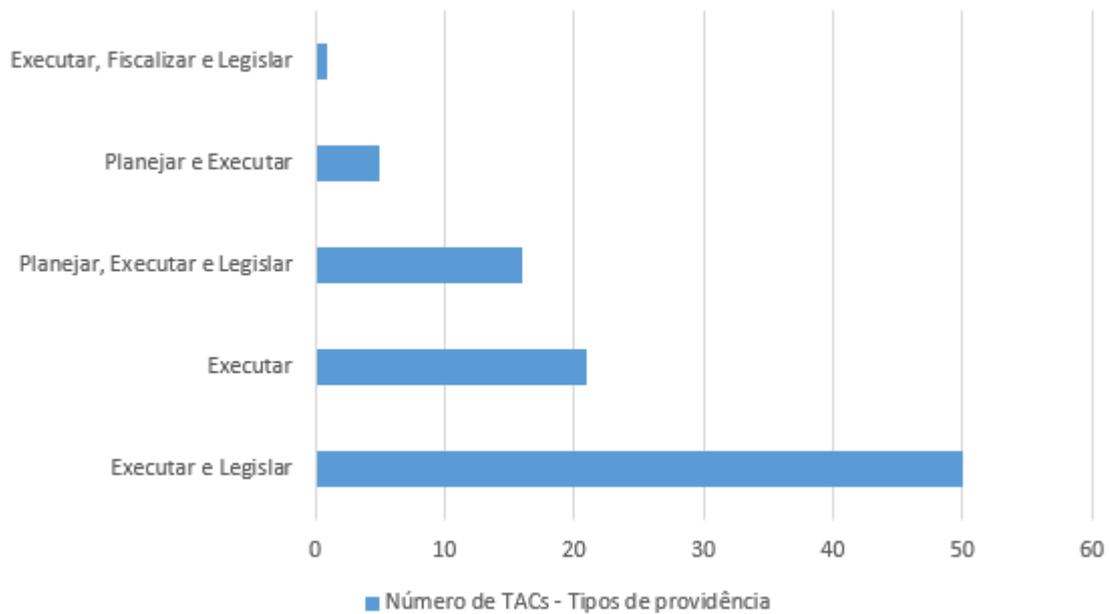
Fonte: elaboração própria¹⁵

No que se refere ao momento em que o Ministério Público optou por intervir, encontramos uma maioria esmagadora (91 TACs) de TACs classificados como fiscalizatórios – ou seja, celebrados após a ocorrência do dano – e não preventivos (apenas 2 TACs).

¹⁵ O gráfico não totaliza 100%, mas sim 99%, por diferenças em décimos, arredondadas no gráfico.

Quanto às providências encontradas, as principais foram de Executar e Legislar, conforme esquematizado.

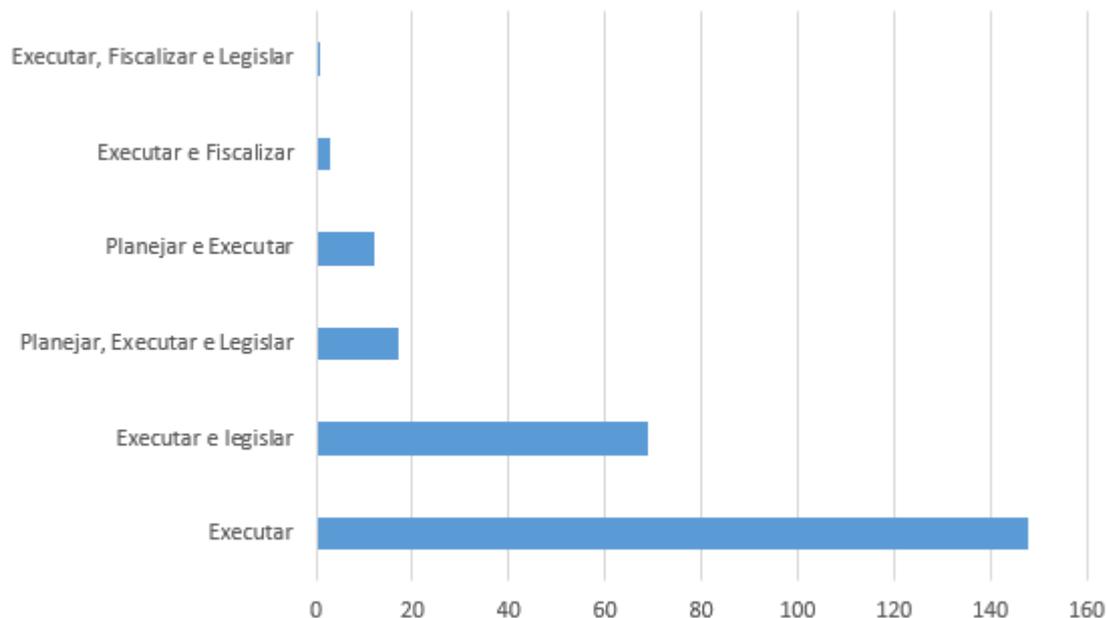
Gráfico 2 – Número de TACs classificados como políticas públicas por tipos de providência (n = 93)



Fonte: elaboração própria

Tal dado se contrapõe à prevalência da providência “Executar”, majoritária nos dados gerais dos 251 TACs encontrados com o tema “Pagamento de pessoal e plano de carreira”, conforme se verifica:

Gráfico 3 – Tipos de providência no universo de TACs da política de pagamento de pessoal e plano de carreira (n=251)



Fonte: elaboração própria

A prevalência da providência de legislar nesse tema assume bastante destaque: do universo de 980 TACs analisados que compõem o banco, em 159 TACs o órgão público no polo passivo assumiu o compromisso de legislar. Desse total, 87 (54%) se referiam ao tema “Pagamento de Pessoal e Plano de Carreira”, identificado como os casos que discutiram a exigibilidade de concurso público para ingresso no serviço público. Assim, fica nítida a atuação mais estrutural do MP-SP nessa temática em comparação à outras políticas do universo de TACs analisados, negociando mudanças mais perenes por meio da criação de leis.

No que se refere à etapa do ciclo de políticas públicas em que o MP influenciou, as principais foram na identificação do problema e na implementação de políticas. Tal fato sinaliza que o MP atuou extrajudicialmente na identificação do regime jurídico avaliado como contrário ao art. 37 da Constituição, formulando uma solução para o problema e buscando implementá-la junto ao Poder Público. Em menor grau, o MP buscou avaliar e/ou explicitou seus critérios de avaliação para uma política de estruturação administrativa. A prevalência das 3 etapas encontradas está apresentado na Figura 1:

Figura 1 – Classificação dos TACs em relação ao ciclo de políticas públicas (n = 93)



Fonte: elaboração própria

O nível de detalhamento dos TACs foi: 78 TACs tiveram um nível de detalhamento alto, dizendo como o compromissário deveria realizar as medidas com alto grau de minúcia, estabelecendo prazos, diversificando medidas a serem apresentadas; 9 TACs tiveram nível médio de detalhamento, trazendo alguns caminhos, ainda que vagos e genéricos; 4 TACs apenas indicam o que deve ser feito, sem abordar o modo de execução; e 2 não trouxeram informação que pudesse ser classificada.

Dos 93 TACs, apenas 1 apresentou normas técnicas; nenhum mencionou outro órgão como parte executória das medidas; e apenas 2 abordaram o envolvimento de organizações da sociedade civil em suas medidas.

A duração média da investigação do MP-SP em tais casos foi de 595 dias – entre a instauração do IC e a celebração do TAC, com o subsequente arquivamento.

O panorama geral dos casos permite apontar que, dos 251 TACs que discutiram a exigibilidade do concurso público (regra insculpida no art. 37 da Constituição), 93 trouxeram a demanda pela edição de uma nova lei. Esses TACs foram classificados como “políticas públicas”, uma vez que, neles, os promotores foram além de apontar a

incompatibilidade do regime jurídico da administração com a Constituição e buscaram estabelecer parâmetros e diretrizes programáticas para que o dano fosse reparado.

A análise a partir das categorias do banco de dados permite identificar que tais parâmetros foram rigidamente estabelecidos. A atuação típica do Ministério Público, nesses casos, foi de atribuir, com alto grau de detalhamento, medidas a serem executadas especialmente pelas Prefeituras, para exonerar servidores e redesenhar o regime jurídico da administração, reparando um dano já cometido e não prevenindo o Poder Público de incorrer em violação à cláusula constitucional. Ao fazê-lo, atuou no ciclo de políticas públicas, ao identificar um problema – no caso, a presença de servidores sem concurso público para funções técnicas e burocráticas – e ao buscar implementar um programa de solução. O nível de detalhamento do programa foi alto e, via de regra, passou à revelia de organizações da sociedade civil.

Um exemplo dessa atuação pode ser encontrado em TAC instaurado no Município de Itaquaquecetuba, no IC n. 14.0300.0000547/2011-2.

Celebrado com o Prefeito do Município, no TAC o Ministério Público identificou irregularidade na prorrogação sucessiva do contrato de funcionários contratados pelo “Programa Emergencial de Auxílio Desemprego”. Reconhecendo a irregularidade, o Prefeito se compromete a realizar um levantamento discriminado dos servidores nessa situação e rescindir o contrato deles, bem como respeitar os prazos excepcionais de prorrogação contratual previstos na lei.

Para além disso, os compromissários pactuam o encaminhamento de projeto de lei ao Legislativo Municipal, em 30 dias, estabelecendo que o período de contratação não poderia ultrapassar um ano e vedando prorrogações sucessivas, devendo observar o prazo de 180 dias entre um período e outro. Feitas as alterações legislativas, o Poder Executivo ficaria impedido de encaminhar projetos de lei que alterassem tais prazos de contratação, sob pena de incorrer em improbidade administrativa e multa de 10 salários mínimos.

O caso conjuga diversos elementos identificados no banco de dados: pela via extrajudicial, o MP determinou que a administração efetuassem um planejamento (ao levantar os beneficiários irregularmente contratados), se adequasse à lei e legislassem para impedir futuros danos, alterando substancialmente a política pública do município. Mais do que isso, estabeleceu a impossibilidade, por período indeterminado, de aprovação de projetos de lei contrários ao disposto no TAC, vinculando até mesmo futuros ocupantes do cargo.

O TAC incorreu, portanto, nos três ciclos de formulação de uma política pública, ao identificar um problema (prorrogação sucessiva de vínculos temporários para contratados pela administração pública) e buscou implementar prazos da lei descumpridos, além de avaliar a política pública existente, ao expressamente desaprová-la.

A expressiva participação do órgão chama atenção, uma vez que se trata de um órgão não eleito, avaliando políticas do governo e até estabelecendo parâmetros e vedações legislativas a uma matéria, via de regra, de iniciativa privativa do Executivo, conforme também ressaltado por Sampaio (2017).

Em outro caso, ocorrido entre o MP e o Município de Descalvado (IC de n. 14.0250.0000018/2010-1) a Prefeitura reconheceu a irregularidade, mas, alegando impossibilidade de exoneração imediata sem comprometer a prestação do serviço público, pactuou realizar 4 demissões por mês, bem como realização de concursos públicos em 60 dias. O órgão político pactuou, também, a inclusão de verba específica para contratação de funcionários no plano plurianual de investimentos, na lei de diretrizes orçamentárias e no orçamento anual, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000.

Se, de um lado, a consensualidade que permeia o TAC permite flexibilizar as medidas, sem comprometer a continuidade do serviço público (algo que dificilmente ocorreria em uma decisão judicial, por exemplo), por outro ele permite uma atuação bastante expansiva por parte do MP, participando da formulação de leis centrais para a administração e até na divisão dos recursos públicos nas leis orçamentárias.

Por fim, outro TAC que sintetiza essa participação do MP na reestruturação administrativa é o celebrado no IC de n. 14.0312.0000460/2018-1. Nele, a Câmara Municipal de Jandira se comprometeu a exonerar 17 cargos em Comissão, relacionados à assessoria jurídica e legislativa dos vereadores. Além disso, pactuou elaborar Resolução visando a reestruturação dos cargos do legislativo, tornando obrigatória a exigência de curso superior para preenchimento dos cargos em comissão e descrevendo detalhadamente as atribuições desses cargos. Tais exigências - que não são explícitas no texto Constitucional e adentram na seara da discricionariedade - também simbolizam o papel de protagonismo que o MP pode exercer nessa seara.

Tais achados empíricos identificam uma relevante atuação do MP na concretização das normas jurídicas constitucionais. Para além da atuação marcante em temas como meio ambiente, promotores e promotoras mostraram atuação eficiente e expansiva no redesenho da administração pública, particularmente de cargos de

assessoria jurídica em municípios do interior. Em diversos casos, promotores demandaram o envio de projetos de lei ao Legislativo, com alto grau de detalhamento, e a execução direta dessas políticas, em período em média pouco inferior a 2 anos. Cabe entender melhor como tais atores políticos atuam, o impacto que tal atuação gera e como (e por quem) são influenciados.

5. Conclusão

Esse artigo trouxe a dimensão da atuação extrajudicial do MP-SP nas políticas públicas envolvendo a aplicação do art. 37 da CF/88, especificamente na obrigatoriedade do concurso público e nos critérios para a nomeação de cargos comissionados. Foram celebrados TACs sobre o tema em 121 municípios, dos quais 64 receberam TACs classificados como políticas públicas, indicando alta capilaridade de atuação do órgão nos municípios paulistas.

Os dados apresentados podem ser interpretados como uma atuação visando o *enforcement* da legislação constitucional – hipótese corroborada pelo fato da maioria dos TACs terem sido classificados como poder de polícia – de acordo com as missões constitucionais atribuídas ao MP. Entretanto, a literatura traz argumentos que colocam o Ministério Público como um ator político com forte capacidade institucional de influenciar as políticas públicas (ARANTES, 2002, 2007; SAMPAIO, 2017) e “borrando” as fronteiras entre o direito e a política - parafraseando o título da obra de Arantes (2007) “Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política”. Como vimos, um número expressivo de TACs (37%) ficou nesse espaço nebuloso e indicou uma influência mais ampla nas políticas públicas de gestão de pessoal na administração pública, provocando um processo legislativo – muitas vezes com conteúdo e critérios pré-determinados.

Como vimos, a interpretação do art. 37 da CF/88 foi pacificada pelo STF em sede de repercussão geral. Entretanto, encontramos decisões no sentido contrário que indicam que o tema ainda possui ampla margem de debate em cada caso concreto. Assim, identificamos que o MP-SP, para além de ter sido protagonista no caso de repercussão geral do STF, também atua nos municípios por meio dos TACs – uma forma mais célere e que não envolve o Poder Judiciário – negociando, caso a caso, o equilíbrio entre cargos comissionados e efetivos, bem como as suas atribuições. Também chama a atenção o fato do tema possuir grande relevância institucional – conforme demonstrado pelos PGAs do MP-SP – incluindo inclusive a opção de combater contratações via OS e OSCIPs – opção

frequentemente usada pelos municípios para a prestação de serviços públicos. Esse trabalho não investigou a forma como foi conduzida a negociação entre as partes dos TACs, nem os desdobramentos dos TACs (se foram cumpridos ou não), elementos que podem inaugurar novas agendas de pesquisa. Aqui, cabe lançar luz a essa atuação extrajudicial pouco explorada empiricamente pela literatura.

Apesar disso, o fato de os municípios investigados serem do interior levanta a hipótese de um maior poder de barganha do MP-SP em contraposição à capital, já que a ameaça de uma Ação Civil Pública pode representar um prejuízo maior para gestões com menos recursos e corpo técnico. Apesar do TAC constituir um instrumento jurídico de negociação, ele geralmente é precedido por um Inquérito Civil que requer diversas informações ao ente público de acordo com as prerrogativas institucionais do MP. Isso pode desregular a balança de poderes no momento da negociação do TAC, permitindo ao MP que as suas preferências políticas sejam garantidas sem a interferência do Judiciário. Como afirmamos, essas hipóteses merecem maior exploração em pesquisas futuras.

Os dados aqui apresentados confirmam que os TACs podem ser amplamente utilizados para pactuar soluções com maior discricionariedade em comparação ao que seria possível no âmbito de uma Ação Civil Pública. Longe de atestar se isso é positivo ou negativo para os municípios e para o cumprimento da regra constitucional, apenas lançamos luz a esse importante ator que, junto a prefeitos e representantes do legislativo municipal, definem a proporção e atribuições de cargos efetivos e comissionados – e outros temas relativos à forma de contratação no serviço público. É esperado que essa atuação embarace a fronteira entre o direito e a política, indicando a necessidade de olharmos para o MP como ator essencial no ciclo de políticas públicas, a fim de identificar os impactos e características essa ação.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. Editora Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política**. *Justitia*, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 325-338, 2007.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. **Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas**. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 2, p. 293-314, 2015.

BRASIL, 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>.

BRASIL, 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>.

BRASIL, 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Compromisso de Ajustamento de Conduta um Eficaz Instrumento à Disposição do Ministério Público para a Implementação de Políticas Públicas e à Efetivação de Direitos Sociais Fundamentais Sociais**. *Revista dos Tribunais*, V.908, p.113. Junho, 2011.

CNMP. Ministério Público: um retrato. Volume 6, dados 2016, 2017. Presente em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2017_internet.pdf. Acesso em 15.12.2020.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. *Planejamento e políticas públicas* 21 (2000).

GAVRONSKI, Alexandre Amaral (org.). **Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial**. Manuais de atuação ESMPU; v.1. Brasília, Editora Pontual Ltda, 2006

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO (MP-SP). **Ato normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006**. Disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público na área dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta e as recomendações, e dá outras providências. Diário Oficial: Poder Executivo - Seção I, São Paulo, v.116, n.191, p.36-38, de 6 de outubro de 2006

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO (MP-SP). **Com TAC, Promotoria consegue exoneração de comissionados irregulares em Cotia**. Presente em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=17515117&id_grupo=118, 2017. Acesso em 14.12.2020.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano, v. 50, p. 225-240.

OLIVEIRA, VANESSA ELIAS DE; MARCHETTI, V. **O Judiciário e o Controle sobre as Políticas Públicas: A judicialização da educação no município de São Paulo**. 37º Encontro Anual da ANPOCS ST 24 – Controle e participação na democracia brasileira: instituições, dinâmicas e resultados, p. 1–20, 2013.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Ministério Público: **Velha instituição com novas funções?**. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 113, p. 51-82, 2017.

SAMPAIO, Marianna. **O Ministério Público do Estado de São Paulo e o seu plano geral de atuação**. 41º Encontro Anual da ANPOCS, 2017.

SÃO PAULO, 1989. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo, 1989. Disponível em <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>

STF, 2018. RE 1041210 RG, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-107 Divulg 21-05-2019 Public 22-05-2019.

TAYLOR, M. M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229–257, 2007.

TJSP, 2014. Apelação Cível 0006624-78.2008.8.26.0586; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Roque - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 20/05/2014; Data de Registro: 22/05/2014.

TJSP, 2017. Apelação Cível 1000394-34.2014.8.26.0152; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Cotia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 13/12/2017.

TJSP, 2020. Apelação Cível 1001792-57.2017.8.26.0654; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Vargem Grande Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 06/10/2020; Data de Registro: 06/10/2020.

TJSP, 2020. Apelação Cível 1006346-40.2019.8.26.0565; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Caetano do Sul - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/09/2020; Data de Registro: 24/09/2020.

TJSP, 2020. Direta de Inconstitucionalidade 2287461-31.2019.8.26.0000; Relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 23/09/2020; Data de Registro: 30/09/2020.

VIANNA, Ana Luiza. **Abordagens metodológicas em políticas públicas**. Rio de Janeiro 30 (2): 5-42, Mar./Abr. 1996.

XIMENES, S. B.; OLIVEIRA, V. E. DE; SILVA, M. P. DA. **Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública.** Revista Brasileira de Ciência Política, n. 29, p. 155–188, ago. 2019.

Jonas Faviero Trindade

Vínculo e função pública: Uma relação necessária para o aprimoramento do debate da reforma administrativa



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

Vínculo e função pública: Uma relação necessária para o aprimoramento do debate da reforma administrativa*

Jonas Faviero Trindade

Resumo: A Proposta de Emenda à Constituição-PEC n° 32/2020 objetiva implementar significativa Reforma Administrativa no Estado brasileiro. Dessa forma, é pertinente a discussão acerca dos vínculos estabelecidos entre os agentes públicos e Estado e assume relevo a identificação da função pública efetivamente exercida e definida em lei. Há um problema a ser enfrentado: qual a importância de se compreender a função pública, para aprimorar o debate da Reforma Administrativa? O método utilizado é o hipotético-dedutivo, a partir do diálogo com a legislação vigente, com o texto da PEC n° 32/2020, com a doutrina e a jurisprudência. Ao longo do trabalho, são examinadas diversas situações práticas, algumas pouco analisadas pela doutrina, envolvendo servidores temporários, agentes comunitários de saúde, militares e os servidores admitidos anteriormente à Constituição. Claro que a pesquisa não deixa de abordar diversas situações envolvendo cargos efetivos, cargos comissionados, empregados públicos, sempre em diálogo com a proposta de Reforma Administrativa. Ao final, ainda são examinadas situações pontuais, envolvendo agentes políticos e cargos vitalícios, que foram “esquecidos” pela PEC n° 32/2020. A hipótese inicial, confirmada ao fim, é de que a função pública é uma premissa fundamental para a deliberação consistente e refletida na Reforma Administrativa.

108

1. INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição-PEC n° 32/2020, que visa implementar uma Reforma Administrativa. Desse modo, é extremamente pertinente a discussão acerca dos vínculos estabelecidos entre os agentes públicos e o Estado.

Ao se pensar na formatação daqueles vínculos, assume relevo a identificação da função pública efetivamente exercida e definida em lei. Portanto, há um problema a ser enfrentado: qual a importância de se compreender a função pública, para aprimorar o debate da Reforma Administrativa? Sempre que possível, se promoverá um diálogo com determinadas ideias contempladas na Proposta de Emenda à Constituição-PEC n° 32/2020.

* O presente texto obteve menção honrosa no “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”.

No primeiro tópico objetiva-se evidenciar uma concepção de função pública, em sentido amplo, que leve uma consideração a concretização dos propósitos constitucionais e legais. Destaca-se a ideia de função pública em sentido estrito, que servirá como parâmetro para melhor identificação de determinados vínculos. Para clarificar a abordagem, serão utilizados exemplos, como os servidores temporários¹, ou os militares estaduais, transferidos para a reserva, quando exercem atividades civis, na forma autorizada pela Lei nº 13.954/2019. São temas raramente desenvolvidos na doutrina, mas que na prática administrativa são sempre problemáticos

Na sequência, serão feitas considerações acerca dos cargos efetivos. Não é o propósito apenas repetir o que consta nos manuais, visto que o exame se dará levando em conta algumas situações específicas, como o caso dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. Será possível dialogar com o texto da PEC nº 32/2020, que pretende criar os cargos típicos de Estado e os vínculos com prazo indeterminado. Todas essas questões servem de provocação para a discussão da estabilidade. Aliás, também serão objeto de estudo os servidores a que se refere o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, tema que rotineiramente demanda reflexões daqueles que atuam nas repartições responsáveis pelos recursos humanos da Administração Pública. Também nesse tópico, ao tratar dos cargos em comissão, dialoga-se com a proposta de se criar os vínculos de liderança e assessoramento, que tende a agravar práticas patrimonialistas na Administração Pública.

A pesquisa abrange os servidores temporários, de forma a demonstrar que, no plano deontológico, a PEC não promove uma significativa alteração. Talvez até se estimulem condutas que burlem o acesso ao serviço público, por meio do regular concurso público, revelando, ainda, outras graves questões que deixam de ser seriamente consideradas, quando se opta pela admissão ilegítima de tais servidores.

Em relação aos servidores celetistas, denominados de empregados públicos, a expectativa é que a Reforma Administrativa estabeleça com maior clareza seu *locus* de atuação, conforme será exposto. Isso, pois, atualmente, se percebe que a utilização de empregados públicos, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, é utilizada quando se pretende afastar a possibilidade de tais agentes públicos se tornarem estáveis. Com a PEC nº 32/2020, e a pretensão de criação de cargos não típicos de Estado

¹ Cujas pormenorizações das características será examinada em tópico próprio.

(cargos com vínculo indeterminado), há a necessidade de se situar melhor o campo de atuação da função pública a ser realizada por meio de empregos públicos.

Ao fim, serão estudados determinados agentes públicos “esquecidos” pela Reforma Administrativa: cargos políticos e vitalícios. O recorte proposto pretende enfrentar questões remuneratórias, envolvendo, no primeiro caso, agentes políticos municipais, e, posteriormente, a alegada automaticidade dos subsídios de ocupantes de cargos vitalícios de magistrados. Os temas selecionados estão a merecer um aprofundado debate na sociedade e no Congresso Nacional, visto que, rotineiramente, são discutidos apenas na arena judicial, controladora e administrativa.

Parte-se da hipótese de que a compreensão da função pública dos agentes públicos é uma premissa fundamental para uma deliberação consistente acerca de cada uma das matérias aqui desenvolvidas. Dessa forma, a partir do método hipotético-dedutivo e da dialética com a legislação vigente, com o texto da PEC nº 32/2020, com a doutrina e jurisprudência (tanto do Poder Judiciário, como de controle), sem prejuízo do exame crítico, pretende-se colaborar com o tema em destaque.

2. VÍNCULOS E FUNÇÕES PÚBLICAS: IDENTIFICANDO A RELAÇÃO

Entende-se que é necessária a compreensão do sentido das expressões “vínculos” e “função pública”, no início desse estudo, a fim de que se possa promover um diálogo profícuo com as propostas da PEC nº 32/2020. Para cooperar com o entendimento dessas categorias jurídicas, além das pesquisas doutrinárias, o pano de fundo, como não poderia deixar de ser, é a Constituição Federal-CF.

Por vínculo, no contexto desta pesquisa, se compreende a relação jurídica estabelecida entre o agente público e o Estado; trata-se do liame entre aquelas partes. O texto constitucional se vale da expressão em determinados momentos, relacionando-a com a ideia de temporalidade, o que é importante para sua correta compreensão. Por exemplo, o artigo 7º, inciso XXXIV, da CF, que dispõe ser direito social dos trabalhadores urbanos e rurais a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”. A configuração do vínculo tem como um dos seus principais aspectos, portanto, a definição do tempo que perdurará. Ademais, na sua vigência, as partes se submetem à uma plêiade de direitos e deveres² previstos em

² Há situações que surtem efeitos mesmo após o vínculo, como é o caso da quarentena dos juízes, após afastamento do cargo, nos termos do artigo 95, inciso V da CF. Outro exemplo é a quarentena dos servidores

lei e/ou em contratos, conforme o caso³.

Esse vínculo se estabelece a partir da investidura⁴ no cargo, para determinados agentes públicos (estatutários, que ocupam cargos efetivos, vitalícios e comissionados) ou pela pactuação dos contratos, para aqueles submetidos à Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT ou que sejam contratados temporariamente, por excepcional interesse público, na forma do artigo 37, inciso IX, da CF. Os cargos efetivos, vitalícios, comissionados e servidores temporários serão estudados adiante, mas adianta-se que todos eles se submetem a um regime jurídico próprio, distinto do celetista. Além disso nos três primeiros casos, o vínculo desses agentes públicos se encerra quando verificáveis as causas de vacância, definidas em Lei. O servidor temporário terá seu vínculo extinto, quando cessado o prazo de sua contratação, na forma delimitada na norma que autorizou a contratação, ou ainda quando forem verificadas causas extintivas da relação jurídica, presentes no contrato administrativo firmado ou em Lei. Os empregados públicos, por sua vez, terão seus vínculos extintos quando perfectibilizadas as causas de extinção do contrato de trabalho.

A Emenda Constitucional-EC n° 103/2019 passou a normatizar que “A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”⁵. Tal regra atinge, por exemplo, servidores titulares de cargo efetivo que se filiam ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS, ante a ausência de instituição, pelo respectivo ente federativo, de um Regime Próprio de Previdência Social-RPPS. Diversos servidores obtiveram êxito em processos judiciais de reintegração, antes da EC n° 103/2019, a partir da compreensão de que a aposentadoria perante o RGPS não extinguiria o vínculo⁶.

temporários, prevista no artigo 9º, inciso III, da Lei n° 8.745/1993. São situações em que, mesmo após a extinção vínculo, subsistem restrições ao indivíduo que antes ocupava o cargo.

³ No caso dos servidores “estatutários”, conforme se demonstrará adiante, é na lei que constam esses direitos e deveres. Os empregados públicos submetidos à Consolidação das Leis Trabalhistas, em que pese também se submetam à Lei (a CLT é seu regime jurídico), terão seu liame formalizado por um contrato.

⁴ Na investidura ocorre o “travamento da relação funcional” (MELLO, 2016, p. 321), que se dá na posse, momento em que se completa a “relação estatutária da qual fazem parte o Estado, de um lado e o servidor, de outro” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 566).

⁵ Conforme redação do artigo 37, § 14, da CF. Relevante ressaltar que o constituinte derivado criou regra de transição, conforme artigo 6º: “Art. 6º O disposto no § 14 do art. 37 da Constituição Federal não se aplica a aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional” (BRASIL, 2019a).

⁶ A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sob n° 70077724862, fixou a seguinte tese: “A concessão de aposentadoria voluntária de servidor municipal pelo Regime Geral de Previdência Social, não implica em automática exoneração do serviço público, inexistindo óbice à permanência no exercício do cargo. A fonte

A questão sensível, que envolve uma escolha política, é definir a extensão temporal e eventuais prerrogativas alcançadas ao servidor (como a estabilidade), na definição desse vínculo. Nessa seara, a discussão acerca da ideia de função pública é fundamental. Para Cretella Júnior, a função é uma expressão que “encerra a ideia de movimento, vida, atividade: é toda atividade exercida por um órgão para a realização de determinado fim” (2006, p. 317). Refletindo a partir da atividade administrativa, Carvalho Filho destaca que a “*função pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos” (2011, p. 557). Defende-se, aqui, que há um sentido amplo e outro estrito de função pública.

O sentido amplo de função pública corresponde a toda atividade dirigida a uma determinada finalidade. O propósito da função pública será a concretização das atribuições que a Constituição e as leis definiram como responsabilidade do Poder Público. As atividades, desempenhadas pelos órgãos e agentes públicos, nos mais variados níveis, que buscam concretizar aqueles propósitos constitucionais e legais, estão abarcadas nessa expressão de função pública em sentido amplo.

É no sentido estrito de função pública, todavia, que se pretende realçar uma abordagem que seja útil à discussão acerca dos vínculos dos agentes públicos com o Estado. A função pública pode corresponder às atribuições ordinárias definidas em lei para cada agente público, assim como funções/atribuições que somente podem ser atribuídas a quem está ocupando um cargo ou emprego. Para identificar essas funções, é necessário verificar, na lei, as atribuições ordinárias do cargo ou emprego correspondente, ou aquelas que são passíveis de lhes serem atribuídas. Tais atribuições podem ser consideradas funções públicas em sentido estrito e não autônomas, pois, em certa medida, sempre estão atreladas a um cargo ou emprego, seja por configurarem suas atribuições

de custeio dos proventos de aposentadoria se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social (RIO GRANDE DO SUL, 2019). O Supremo Tribunal Federal-STF, todavia, decidiu em outro sentido, como é exemplo o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.234.192, cuja ementa dispõe: “SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL, OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. HIPÓTESE DE VACÂNCIA DO CARGO, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO DO MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE RETORNO AO CARGO, AO FUNDAMENTO DE QUE A APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – INSS É CUMULÁVEL COM OS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO AO MESMO CARGO PÚBLICO APÓS APOSENTADORIA, SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO” (BRASIL, 2020d). Compreende-se, todavia que a linha argumentativa da Suprema Corte deveria enfrentar o que dispõe o já referido artigo 6º da EC nº 103/2019, que criou uma regra de transição para aposentadorias concedidas antes da referida emenda.

ordinárias, seja por significarem atribuições alcançáveis somente por quem ocupa cargo ou emprego. Ocorre que nem sempre esse plexo de atribuições estará atrelado a um cargo ou emprego. Nessa segunda situação, estar-se-á diante da função pública em sentido estrito e autônoma.

Exemplos permitem visualizar melhor o que foi dito. Uma das funções públicas em sentido estrito e não autônomas mais conhecidas é a função de confiança, prevista no artigo 37, inciso V, da CF. Trata-se, portanto, de um encargo adicional aos ocupantes de cargo efetivo; uma atribuição relacionada às atividades de direção, chefia e assessoramento. Nessa situação, um determinado servidor é designado para exercer funções, de direção, chefia e assessoramento, que estão além das atribuições ordinárias do cargo. É possível, contudo, que um servidor, titular de cargo efetivo, seja designado para exercer uma função pública especial ou adicional, que não está no rol de atribuições ordinárias de seu cargo, mas também não se enquadra como funções de direção, chefia e assessoramento. Nessa situação, em regra, há uma gratificação ou adicional previsto em lei, apto a remunerar o servidor por esse encargo adicional, a fim de evitar, por exemplo, a alegação de desvio de função⁷. Além do mais, as próprias atribuições ordinárias do cargo configuram funções públicas não autônomas. Assim sendo, se um determinado servidor, ocupante de cargo efetivo, exerce suas atribuições ordinárias, é designado para uma função de confiança de assessoria e, também, exerce uma função especial remunerada por adicional, prevista na lei local, somente passível de designação para titulares de cargos efetivos, exercerá, em todos os casos, de forma acumulada e lícita⁸ funções públicas não autônomas.

Sem embargo, há outros casos em que essa função pública em sentido estrito será autônoma⁹, ou seja, totalmente desvinculada da necessidade de estar ocupando um cargo ou emprego. É o que ocorre nos casos de contratações temporárias por excepcional interesse público. O agente público admitido nessa modalidade contratual não ocupa um cargo ou emprego, mas exerce um conjunto de atribuições definidas em lei; tão-somente uma função pública, portanto. Assim, é possível entender a afirmação doutrinária de que

⁷ Para tornar mais nítido o exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul admite que lei crie gratificação ao contador do Poder Executivo, quando lhe seja atribuída a função de realizar, também a contabilidade do Poder Legislativo (desde que tal atribuição já não seja ordinária daquele cargo). Nesse sentido, o Processo nº 1398-0200/14-0 (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

⁸ Só não será lícita se a lei local estabelecer alguma vedação ao acúmulo ou se existente alguma incompatibilidade (ética) no exercício das funções pelo mesmo servidor. Mais adiante esse tópico será retomado, em face do artigo 37, inciso XVII, da CF.

⁹ Ao se predeterminar a função pública autônoma, na Lei, não haverá necessidade de se pensar na correlação a um cargo ou emprego; nesse sentido que a expressão “autônoma” deve ser compreendida.

a todo cargo corresponde a uma função, mas que a recíproca não é verdadeira. É crível a existência de funções públicas sem cargo ou emprego¹⁰. Inobstante se reconheça o dogmatismo dessas categorias jurídicas, elas são úteis para se compreender questões práticas, assim como os próprios vínculos¹¹.

A fim de aprofundar, quando o constituinte criou regras de não acumulação de cargos públicos, nos termos do artigo 37, inciso XVI¹², definindo exceções, logo a seguir disciplinou que tais regras, consoante inciso XVII, do mesmo dispositivo, se estendem aos “empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”. Nessa proposição jurídica, a expressão “funções” está se referindo somente às funções públicas em sentido estrito e autônomas. Essa é a compreensão que aqui se defende, pois todo servidor acumula funções, basta pensar no exemplo, já dado, de um titular de cargo efetivo (que terá diversas funções no seu rol legal de atribuições) e que, eventualmente, poderá acumular uma função de confiança (espécie de função pública em sentido estrito e não autônoma) ou algum adicional ou gratificação correspondente a alguma função especial. Entende-se, desta forma, como incorretas interpretações no sentido de que um servidor não poderia, com fundamento exclusivamente no inciso XVII do artigo 37 do texto constitucional, perceber a contraprestação conjunta de uma função de confiança e de uma gratificação ou adicional referente a outra função pública (distinta das atribuições de direção, chefia e assessoramento). A lei estatutária local, todavia, pode limitar ou não o acúmulo daquelas funções públicas não autônomas¹³. Fundamentar tal impossibilidade de acúmulo somente

¹⁰ Nesse sentido, por exemplo, Carvalho Filho: “Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo” (2011, p. 557).

¹¹ Os dogmas (pontos de partida) são importantes para a reflexão no Direito. Aliás, o desenvolvimento do caráter especulativo e crítico (zetética) exige a compreensão prévia dos dogmas, para identificação dos reflexos sociais daqueles pontos de partida, na prática jurídica. Pior que a ausência de espírito crítico, é a crítica sem fundamento, razão pela qual é necessário o estudo da dogmática jurídica. A partir dessa compreensão, a ação propositiva se torna qualificada. Acerca da distinção entre a zetética (caráter especulativo) e dogmática, são fundamentais os estudos de Ferraz Jr (2018, p. 22-29).

¹² “Art. 37 [...] XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas” (BRASIL, 1988).

¹³ Por exemplo, a lei, por política administrativa infraconstitucional, poderá delimitar que o servidor designado para função de confiança não poderá o ser para outras funções especiais. A política administrativa, no plano constitucional, conforme artigo 37, inciso XVII, atinge apenas funções públicas autônomas.

com base no referido dispositivo constitucional é um equívoco interpretativo comum, que decorre de uma pré-compreensão equivocada de função pública¹⁴.

Um exemplo de função pública autônoma se refere a uma específica situação de militares estaduais, que, inobstante ocuparem cargos efetivos, são uma categoria de agentes públicos com particularidades em sua legislação de regência. No caso, relembra-se que a Lei nº 13.954/2019, alterando o Decreto-Lei nº 667/2019, passou a autorizar que militares transferidos para a reserva exerçam atividades civis, mediante pagamento de adicional¹⁵. Trata-se, no caso, de função pública autônoma, pois o militar, nessa situação, não vai ocupar um cargo novo; tampouco exercerá as atribuições do seu cargo de origem. Para corroborar essa interpretação, ressalta-se que a EC nº 101/2019, ao incluir o § 3º ao artigo 42, determinou a aplicação, aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios do disposto no artigo 37, inciso XVI, que trata das regras permissivas de acumulação de cargos. Merece relevo, todavia, que não foi estendido a tais agentes públicos a aplicação do artigo 37, inciso XVII, que amplia a vedação de acumulação, como regra geral, aos empregos e funções. Exatamente por não ser aplicável aos militares o mencionado inciso XVII, que é possível se aferir a constitucionalidade¹⁶ da permissão aos militares

¹⁴ Também decorre da confusão entre não acumulação e incompatibilidade. A incompatibilidade entre funções públicas demanda um exame concreto, que, aí sim, decorre da Constituição e de preceitos éticos. Como explicam Mazzuoli e Alves: “A distinção entre as incompatibilidades e as acumulações de cargos foi sustentada por Corsíndio Monteiro da Silva, que identificava as incompatibilidades como de natureza *ética* – nem sempre é necessária norma legal expressa [...] enquanto as acumulações como sendo de *política administrativa*. [...] Registre-se que o fundamento para as incompatibilidades decorre diretamente da função pública e é dedutível da própria Constituição” (2013, p. 75-76).

¹⁵ “Art. 24-I. Lei específica do ente federativo pode estabelecer: I - regras para permitir que o militar transferido para a reserva exerça atividades civis em qualquer órgão do ente federativo mediante o pagamento de adicional, o qual não será incorporado ou contabilizado para revisão do benefício na inatividade, não servirá de base de cálculo para outros benefícios ou vantagens e não integrará a base de contribuição do militar”.

¹⁶ Outro ponto que ensejaria aprofundada reflexão é a possibilidade de acúmulo dos proventos de militar transferido para a reserva, considerando o disposto na CF, conforme segue: “Art. 37 [...] § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração”. O militar transferido para a reserva, contudo, ostenta uma situação peculiar, visto que ainda sujeito à convocação. De outro modo, o militar reformado está definitivamente dispensado da prestação de serviços na ativa. Assim sendo, em rigor, em que pese já esteja percebendo proventos, ainda há um vínculo considerável com o Estado, no caso do militar transferido para a reserva (nesse sentido, por exemplo, a Lei Estadual nº 10.990/1997, que dispõe sobre o Estatuto dos militares estaduais do Estado do Rio Grande do Sul). Aliás, o próprio constituinte não se valeu da melhor técnica, ao utilizar, genericamente, no artigo 37, § 10, a expressão “aposentadoria”, abrangendo os artigos 40, 42 e 142, desconsiderando as distinções entre transferência para a reserva e reforma, no caso dos militares. Contudo, compreende-se que regra em tela exige a compreensão que está se referindo à reforma, visto que corresponde a uma situação do militar muito próxima ao do servidor civil aposentado. Para finalizar a digressão, sublinha-se a contribuição de Mileski: “Aposentadoria e reforma têm o mesmo objeto e natureza jurídica, isto é, trata-se do mesmo benefício, o que se altera é tão somente a sua denominação [...]. Tratando-se de servidor civil, o ato de inativação

transferidos para a reserva exercerem funções públicas autônomas¹⁷, na forma da lei. De qualquer sorte, nesse específico vínculo da função pública, que se estabelece, eventualmente, entre o militar estadual transferido para a reserva e o Estado, para atividades civis, na forma da Lei nº 13.954/2019, não há de se falar em estabilidade.

Do que foi dito até aqui, já é possível refletir a razão pela qual que há uma correlação entre a extensão temporal e eventuais prerrogativas definidas em um vínculo, em face da função pública a ser exercida por um agente público. A sociedade, quando debater o assunto, deve lançar seus olhos para a função pública exercida pelo agente público, para assim definir quais prerrogativas são necessárias para o bom exercício de suas atribuições, o que vai refletir, conseqüentemente, na formatação do vínculo. Há uma prerrogativa que é central nessa discussão: a estabilidade. Prerrogativas se distinguem de privilégios, como bem coloca Zockun, visto que se destinam a evitar que aqueles que possuem algum “poder decisório” sejam “influenciados por paixões político-partidárias” (2014, p. 107-108). A estabilidade, na perspectiva que aqui se defende, é uma prerrogativa que permite que o agente público atue pautado pelo Direito, de forma que a própria função pública esteja blindada de interesses espúrios e arbitrários. Quando utilizada de forma equivocada, o próprio Direito deve fornecer mecanismos de punição do agente público. A grande questão é definir a quais agentes públicos deve ser alcançada essa prerrogativa. É importante observar que todo agente público deve atuar pautado pelo Direito; não somente aqueles que detém a prerrogativa da estabilidade.

Assim sendo, o servidor temporário, apenas a título de suposição, em rigor, é admitido para exercer alguma função pública que se caracterize por ser excepcional e temporária. Evidentemente que esse agente público, em seu agir, deve se pautar pelo Direito, sendo seu dever se insurgir contra ordens manifestamente ilegais. A depender da situação concreta, talvez até fosse possível que a função pública exercida por esse servidor temporário demandasse a prerrogativa da estabilidade. Todavia, por uma escolha política, visto que a legitimação dessa espécie de admissão depende de uma situação temporária e excepcional, se optou por não lhe alcançar a estabilidade, que implicaria a permanência do servidor nos quadros da Administração Pública, além do tempo que a situação fática mostrava ser necessária. Esse é apenas um exemplo, que permite observar

denomina-se *aposentadoria*. Sendo servidor militar, de acordo com a linguagem de caserna, o benefício tem a denominação de *reforma*” (2011, p. 342).

¹⁷ Não será objeto desta pesquisa a acumulação de cargos, que também é discutida na PEC nº 32/2020. O exemplo, aqui, é para tornar evidente e consistente a concepção de função pública autônoma (não atrelada a cargo ou emprego público).

como a formatação do vínculo entre o agente público e o Estado, especialmente no que tange à extensão temporal e prerrogativas, é um debate que impõe escolhas políticas e pragmáticas. É necessário delimitar quais funções públicas demandam prerrogativas - e em quais circunstâncias -, a fim de se alcançar uma deliberação séria e refletida.

3. CARGOS EFETIVOS E COMISSIONADOS: DIALOGANDO COM QUESTÕES PROBLEMÁTICAS

Cargos¹⁸ não são sinônimos de vínculos. É importante afastar qualquer espécie de confusão terminológica nesse sentido. Conforme Mello, “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente” (2016, p. 264¹⁹). O Estado de Direito, ao realizar a partilha de competências²⁰, a faz em nome das pessoas jurídicas, órgãos, cargos, empregos e funções públicas. Usualmente, na tipologia de cargos, se identificam as seguintes espécies: cargos efetivos, cargos em comissão

¹⁸ Também não se deve confundir o cargo com a pessoa que o ocupa. Percebe-se essa confusão, por exemplo, na decisão do Recurso Extraordinário nº 587371/DF, da Suprema Corte (sem críticas quanto ao mérito da decisão): “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE “QUINTOS”. PRETENSÃO DE CONTINUAR PERCEBENDO A VANTAGEM REMUNERATÓRIA NO EXERCÍCIO DE CARGO DE CARREIRA DIVERSA. INVIABILIDADE. 1. A garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular também a faculdade de exercê-lo. Mas de exercê-lo sob a configuração com que o direito foi formado e adquirido e no regime jurídico no âmbito do qual se desenvolveu a relação jurídica correspondente, com seus sujeitos ativo e passivo, com as mútuas obrigações e prestações devidas. 2. As vantagens remuneratórias adquiridas no exercício de determinado cargo público não autoriza o seu titular, quando extinta a correspondente relação funcional, a transportá-las para o âmbito de outro cargo, pertencente a carreira e regime jurídico distintos, criando, assim, um direito de *tertium genus*, composto das vantagens de dois regimes diferentes. 3. Por outro lado, considerando a vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos, não será legítimo transferir, para um deles, vantagem somente devida pelo exercício do outro. A vedação de acumular certamente se estende tanto aos deveres do cargo (= de prestar seus serviços) como aos direitos (de obter as vantagens remuneratórias)”. A confusão ocorre no item 3 da ementa, ao mencionar que “cargos” teriam direitos e deveres. Melhor seria a Suprema Corte ter se referido a direitos e deveres do servidor que ocupa o cargo público (o cargo tem atribuições/funções públicas). Direitos e deveres relacionam-se ao sentido jurídico de pessoa, natural ou jurídica, conforme se depreende da doutrina de Sunfeld: “Assim, pessoa, no sentido que nos interessa (o jurídico), é um centro, uma unidade, um conjunto de direitos e deveres. Dizemos que, ao reconhecer a certo ente a qualidade de centro de direitos e deveres, o ordenamento jurídico lhes outorga personalidade jurídica” (2017, p. 61).

¹⁹ Segue a conceituação completa que o autor propõe: “Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outras destas Casas” (MELLO, 2016, p. 265).

²⁰ Nesse tópico, sublinha-se a abordagem de Di Pietro: “[...] é preciso partir da ideia de que na Administração Pública, todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes ocupam cargos ou empregos ou exercem função” (2020, p. 700).

cargos políticos e cargos vitalícios²¹. Neste tópico, o objetivo é examinar os cargos efetivos e comissionados, dialogando com a Reforma Administrativa.

Começando pelos cargos efetivos, sublinha-se que tais cargos são ocupados pelo grande contingente de agentes públicos. Para ocupar um cargo efetivo, consoante se depreende do artigo 37, inciso II, da CF, é necessário lograr êxito em concurso público de provas ou de provas e títulos. A expectativa, na investidura de cargo efetivo, é que o vínculo tenha caráter definitivo²² (se contrapõe à ideia de transitoriedade). Portanto, o primeiro aspecto a ser considerado é no sentido de que tais cargos deveriam ser reservados para funções públicas permanentes. Mas não é só: o servidor que ocupa cargo efetivo, nos termos do artigo 41 da CF, após três anos de efetivo exercício, adquire estabilidade, sendo condição, para tanto, conforme § 2º do mesmo dispositivo, a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para tal finalidade. Portanto, cargos efetivos devem ser reservados para funções públicas não transitórias e que demandem, para seu bom exercício, a prerrogativa da estabilidade.

Contudo, para agregar complexidade, há certa divergência em relação à expressão “regime jurídico único”, que consta no artigo 39 da CF, redação original²³, que permanece sendo aplicável, em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, que suspendeu, de forma cautelar, a redação dada ao referido artigo 39, pela EC nº 19/1998²⁴. Sublinha-se que o motivo determinante da suspensão da redação do artigo 39, redação dada pela EC nº 19/1998, foi um vício formal no processo legislativo, em que pese a decisão coloque que tal regime seja incompatível com o emprego público²⁵ (BRASIL, 2007). Recentemente, nos autos da ADI nº 5.615/SP, se questionou a constitucionalidade de leis que criaram empregos públicos na Universidade de São Paulo (autarquia). O Ministro Alexandre de Moraes, Relator, asseverou que a ADI nº 2135/DF não teve o propósito de “definir o sentido da expressão regime jurídico único”, a fim de afastar a

²¹ Não se aprofundará, nesta pesquisa, se os juízes e membros do Ministério Público ocupam cargos políticos ou não.

²² Não no sentido de um “para sempre”, pois esse vínculo, em algum momento, necessariamente, vai se extinguir, como nos casos de aposentadoria compulsória.

²³ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” (BRASIL, 1988).

²⁴ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”. (BRASIL, 1998).

²⁵ Conforme se depreende dos seguintes trechos da ementa da ADI nº 2135/DF: “1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público” (BRASIL, 2007).

prejudicialidade entre a ADI nº 5.615/SP e aquela outra ação de controle abstrato de constitucionalidade. Na leitura do Ministro Alexandre de Moraes, ao redigir o artigo 39 da CF, em sua formatação original, portanto, o constituinte “não pretendeu impor, necessariamente, a adoção do regime estatutário para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Para corroborar tal entendimento, o Ministro se utilizou da interpretação de outros dispositivos da CF, que fazem alusão a “emprego”, ao tratar da Administração direta, autárquica ou fundacional²⁶ (BRASIL, 2020c).

Mello defende a convivência de cargos e empregos, inobstante a regra do regime jurídico único. Para o referido doutrinador o que é admissível é que “as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob regime de emprego” (2016, p. 270-271). De forma mais incisiva, Zockun defende que “somente poderão ser preenchidos com cargos públicos (efetivos) os casos em que as prerrogativas forem necessárias para o adequado desempenho da competência pública”, de maneira que “não há uma preponderância de regime entre o cargo e o emprego; o que existe é uma distinção de atribuições” (2014, p. 125). Essa visão²⁷, na linha aqui defendida, permite observar a importância da concepção de função pública para bem delimitar as prerrogativas a serem alcançadas aos servidores públicos.

²⁶ Diz ainda o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto: “A leitura que faço a respeito do alcance do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, portanto, é no sentido de que compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista. Tenho que a intenção do constituinte foi de evitar disparidades entre servidores que atuam numa mesma realidade dentro de uma mesma estrutura federativa, sobretudo em razão dos postulados de igualdade, consagrados pela Lei Maior”. O Ministro Edson Fachin, na ocasião, apresentou divergência, após referir o artigo 39, em sua redação original: “Assim, da redação do dispositivo apresentado como parâmetro de constitucionalidade pela Autora da demanda, depreende-se que a totalidade dos servidores públicos estaduais, após a Constituição da República de 1988, deve ser regida por um único regime jurídico, adequado aos direitos e deveres assegurados no artigo 37 da Carta Magna. Desta feita, não é possível ao legislador, ao tratar de parcela do corpo de servidores da Universidade de São Paulo, autarquia estadual, instituir a estes o regime jurídico celetista, quando a Constituição assim o veda, eis que os demais servidores públicos do Estado de São Paulo submetem-se ao regime jurídico estatutário” (BRASIL, 2020c).

²⁷ Como bem coloca Mello, ao tratar da matéria, após examinar o texto constitucional, especialmente os artigos 39, que trata do regime jurídico único, e os artigos 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 61, § 1º, inciso II e 114: “A conciliação destes dispositivos é possível desde que se entenda que o pretendido pelo art. 39 não foi estabelecer obrigatoriamente *um único regime para todos os servidores* da Administração direta, autarquias e fundações públicas, mas impor que a União e suas entidades da Administração indireta, Estados e suas entidades da Administração indireta e Municípios e suas entidades da Administração indireta tenham, nas respectivas esferas, uma uniformidade de regime para seus servidores. Ou seja, inadmitem-se que quaisquer pessoas adotem para si um dado regime e atribuam à autarquia tal, à autarquia qual ou à fundação tal, diferentes regimes, criando uma pluralidade deles como ocorria antes da Constituição de 1988. Deve haver, isto sim, um ‘regime jurídico único’ na intimidade das diversas ordens de governo” (2016, p. 270-271).

Voltando os olhos para a PEC nº 32/2020, constata-se que há intenção de criar tipologias de cargos, de forma a guardar relação com a intensidade dos vínculos. No momento, destacam-se os “cargos típicos de Estado e os “cargos com vínculo indeterminado”. A proposta, por si só, não diz muito, pois não se sabe o alcance da expressão “típico de Estado”. A estabilidade, conforme a referida PEC, somente seria alcançável a esses últimos²⁸. Ademais, pretende-se extirpar do texto constitucional a expressão “regime jurídico único”²⁹. A retirada do “regime jurídico único”, por si só, não é algo negativo (nem positivo). É coerente com os novos vínculos propostos. Contudo, a grande questão será definir quais servidores terão a prerrogativa da estabilidade, para exercício de suas funções públicas. Uma pré-compreensão equivocada dessa prerrogativa (como regalia) tende a baixar o nível do debate argumentativo. Esse é um ponto: em cada cargo, é necessário verificar a função pública; o quão sensível são tais atividades, a fim de se deliberar seriamente acerca da necessidade ou não dessa prerrogativa. Essa discussão não está limitada pela tradição que correlaciona a estabilidade (somente) às atividades dotadas de poder extroverso³⁰. A reflexão pode ir muito além, visto que são os propósitos da função pública, a partir de uma deliberação racional, que vão permitir identificar as atividades que serão mais bem exercidas por servidores estáveis.

A discussão não se restringe, contudo, à necessidade ou não da estabilidade para o bom exercício da função pública. Há situações em que a comunidade local concorda que a estabilidade seria o ideal para o bom exercício da função pública, mas pragmaticamente não seria viável ou interessante em determinadas situações. Como já dito, todo agente público tem o dever de atuar pautado no Direito e de se insurgir em face de ordens manifestamente ilegais. Haverá casos, contudo, em que o agente público não terá essa prerrogativa; ou seja, aceita-se deliberadamente esse risco de o servidor atuar

²⁸ Conforme a proposta de texto para o artigo 37, II-A, seria necessário, para acesso ao cargo típico de Estado: (1) aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos; (2) cumprimento de período de, no mínimo, dois anos em vínculo de experiência, com resultado satisfatório e (3) classificação final dentro do quantitativo previsto no edital do concurso público, entre os mais bem avaliados ao final do período do vínculo de experiência. Após o término do vínculo de experiência, o servidor deve permanecer mais um ano em efetivo exercício, com desempenho satisfatório, na forma da lei (BRASIL, 2020b).

²⁹ Nos termos da redação proposta: “Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá: I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público; II - vínculo por prazo determinado; III - cargo com vínculo por prazo indeterminado; IV - cargo típico de Estado; e V - cargo de liderança e assessoramento (BRASIL, 2020b).

³⁰ Ressalta-se o seguinte trecho da Exposição de Motivos nº 47/ME, que acompanha a PEC nº 32/2020: “cargo típico de Estado, com garantias, prerrogativas e deveres diferenciados, será restrito aos servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do Estado, sensíveis, estratégicas e que representam, em grande parte, o poder extroverso do Estado” (BRASIL, 2020b).

sem estabilidade. Não há novidade nisso, mas é importante o esclarecimento, pois tais reflexões se perdem no discurso jurídico. Algo similar ocorre, por exemplo, nos primeiros anos de efetivo exercício de um servidor que ocupa cargo efetivo; ele atua sem a estabilidade. Claro que há uma justificativa nessa escolha: o ideal é o servidor sempre ter a prerrogativa que lhe permite o bom exercício da função pública, mas alcançá-la ao agente nos primeiros anos de investidura aumenta o risco acolhimento, no serviço público, de uma pessoa que não corresponde às atribuições do cargo, de forma satisfatória, sendo que o desligamento, após aquisição da estabilidade, em que pese a existência de mecanismos, é sabidamente mais dificultoso³¹.

No entanto, é possível que o legislador constitucional permita a possibilidade de escolha do regime jurídico; ou seja, ainda que seja defensável a estabilidade, se propõe que o ente federativo delibere a respeito. O exemplo em que se discute essa questão é o dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias. Segundo o texto constitucional, em seu artigo 198, § 5º, “o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias” será disciplinado em Lei Federal, sendo que compete “à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial³²”. Esse é um exemplo em que a CF, de forma cristalina, admitiu a coexistência de regime estatutário e celetista. A norma que disciplinou a matéria - Lei nº 11.350/2006, dispõe que o regime jurídico preferencial desses servidores será o celetista, mas admite que o ente federativo opte pelo regime estatutário³³. Trata-se de mais um exemplo apto a confirmar a tese de que a expressão “regime jurídico único” não impõe que todos os servidores do ente federativo, necessariamente, sejam estatutários.

O caso dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias é tão emblemático que o constituinte não determinou que o acesso a tais cargos efetivos ou

³¹ Esse procedimento mais dificultoso de desligamento de um servidor estável é justamente a forma que se deu à estabilidade. Contudo, é o saber empírico que vai recomendar conceder, ou não, a estabilidade ao servidor, nos primeiros anos de vínculo com o Estado.

³² Evidentemente, essa possibilidade de escolha pelo regime celetista guarda relação com o fato de que o papel da União é fundamental na concretização dessa política pública.

³³ Art. 8º Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa (BRASIL, 2006).

empregos se dará por concurso público. A opção foi pelo “processo seletivo público³⁴”. A construção de uma categoria distinta de recrutamento é pertinente, pois podem existir requisitos específicos para o exercício dessas funções públicas. Especialmente relacionado ao agente comunitário de saúde, destaca-se um: residir na comunidade em que vai exercer suas funções³⁵. O concurso público não admite esse tipo de limitação geográfica, razão pela qual é legítimo se pensar em uma espécie de recrutamento específica para tais agentes públicos.

Assim sendo, seja pela configuração do cargo efetivo ou pelo cargo típico de Estado, primeiramente, o exame da pertinência da estabilidade deve ser debatido a partir da função pública de cada cargo. Em um segundo momento, mesmo quando verificado que a função pública em exame demandaria a prerrogativa da estabilidade, nada impede o debate pragmático de se conferir ou não estabilidade, em casos pontuais. Exemplificativamente, em casos em que não há a garantia de que a política pública subjacente, que fundamenta a função pública em discussão, vai perdurar por um longo período³⁶.

³⁴ “Art. 198 [...] § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação” (BRASIL, 1988)

³⁵ Conforme artigo 6º, inciso I, da Lei nº 11.350/2006: “Art. 6º O Agente Comunitário de Saúde deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da atividade: I - residir na área da comunidade em que atuar, desde a data da publicação do edital do processo seletivo público” (BRASIL, 2006). Aliás, essa especificidade responde ao questionamento de Di Pietro: “É estranho que o § 4º fale em processo seletivo público e não em concurso público, o que seria exigido para o dispositivo se harmonizasse com a norma do artigo 37, II da Constituição” (2020, p. 695).

³⁶ Aqui não está se fazendo tal juízo em relação aos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. O exemplo desses agentes públicos foi utilizado apenas para demonstrar que há distintas possibilidades de reconfiguração dos vínculos dos servidores com o Estado. Daí a importância do discurso de fundamentação das normas, permeados por argumentos éticos, morais e pragmáticos. Os discursos de fundamentação, cuja teoria de Jürgen Habermas fornece elementos decisivos, é bem sintetizado por Aragão: “As questões pragmáticas são aquelas que dizem respeito aos meios apropriados para a realização de fins já estabelecidos, que se devem materializar em técnicas e estratégias de ação. Estas têm que estar baseadas em observações e prognoses, que permitem que o agente estabeleça comparações e ponderações a partir da perspectiva da eficácia ou de outras regras de decisão. [...] Nos discursos pragmáticos ‘são determinantes os argumentos que referem o saber empírico a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas, de acordo com as máximas estabelecidas. Entretanto, esta racionalidade teleológica encontra seus limites a partir do momento em que os próprios fins de tornam problematizados e em que preferências antagônicas exprimem oposições de interesse não-solucionáveis dos discursos. Assim, no nível pragmático, procura-se saber o que podemos fazer para harmonizar entre si preferências concorrentes, em função de tarefas imediatas. E é fácil deduzir que aqui devem ser realizadas negociações, evitando estruturas assimétricas de poder e potenciais de ameaça que possam impedir seu êxito. As questões ético-políticas exprimem o desejo de clareza, por parte dos membros de uma comunidade, sobre suas formas de vida intersubjetivamente compartilhadas e os ideais que as orientam, ambos decorrentes da autocompreensão cultural e política acerca de sua identidade enquanto comunidade histórica, e sujeitos a transformações. [...] Nos discursos correspondentes, os argumentos que contam são os que se fundamentam numa explicação da autocompreensão daquela forma de vida historicamente transmitida, e que orientam as decisões sobre valores segundo a perspectiva de uma conduta de vida consciente e crítica. [...] Entretanto, embora seja importante saber quais seriam os modos de agir ‘bons pra

Mesmo quando a estabilidade é conferida para sedimentar uma relação jurídica, ela deve ser compreendida como prerrogativa: está se falando do artigo 19 do ADCT³⁷. Em rigor, da dicção do referido dispositivo, três situações poderão ser observadas: (1) servidor estável e efetivado, ou seja, aquele servidor que estava há pelo menos 5 anos, quando da promulgação da CF e que se submeteu a concurso público posteriormente; o servidor nessa situação ocupa cargo efetivo³⁸; (2) estável e não efetivado, que compreende que o servidor que estava há pelo menos 5 anos, quando da promulgação da CF, mas que não prestou concurso público; esse servidor exerce função pública autônoma; (3) não estável e não efetivado, que é o servidor que não estava há 5 anos quando da promulgação da CF, exerce função pública autônoma³⁹, caso tenha permanecido nos quadros da Administração Pública. Não se trata, de qualquer sorte, de uma regra que tenha apenas o propósito de garantir segurança jurídica. A estabilidade deve sempre ser concebida como prerrogativa.

Outra espécie de cargo público que merece atenção é o comissionado. Segundo o texto constitucional⁴⁰, tais cargos não demandam concurso público para serem acessados,

nós', do ponto de vista daquela comunidade, deve ser colocada outra questão muito importante – a da justiça – que inquirir sobre o que é igualmente bom para todos. E então chegamos às questões morais, pelas quais se deve examinar a possibilidade de regular a convivência social no sentido assimétrico de todos. Aqui se buscam as normas justas, aquelas que, em situações semelhantes, todos gostariam que qualquer pessoa seguisse. [...] Os discursos morais são aqueles em que 'são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis'. Para isso, é necessário ultrapassar a perspectiva etnocêntrica particular de cada coletividade e assumir uma perspectiva genérica de uma comunidade não circunscrita" (ARAGÃO, 2002, p. 206-207). Para bem compreender os argumentos éticos, morais e pragmáticos, é importante destacar que, em Habermas, a ética se relaciona com o bem do indivíduo ou da comunidade, ao passo que a moral com a justiça (em uma pretensão de universalidade). Nos argumentos pragmáticos, delineados na relação meio e fim, se avaliam também as consequências de uma decisão (HABERMAS, 2012).

³⁷ “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

³⁸ Pois o êxito em concurso público é condição para ocupar cargo efetivo.

³⁹ É de todo recomendável, contudo, examinar essa situação a partir da legislação de cada ente federativo, editada após a promulgação da CF. Destaca-se a posição do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 114/PR: “A norma do art. 19 do ADCT da Constituição brasileira possibilita o surgimento das seguintes situações: a) o servidor é estável por força do art. 19 do ADCT e não ocupa cargo de provimento efetivo; b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do ADCT ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso público para o provimento deste cargo; c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da Constituição da República. O STF já se manifestou sobre essas hipóteses e, quanto às listadas nos itens a e b, firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da Constituição da República” (BRASIL, 2009).

⁴⁰ Art. 37 [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre

visto que o provimento e a exoneração encontram lastro em uma relação de fidúcia. Ademais, são direcionados para funções públicas restritas: direção, chefia e assessoramento, sendo que um percentual mínimo desses cargos deve ser reservado para servidores de carreira. O desvirtuamento da regra, ou seja, quando há criação de cargos em comissão com o propósito de burlar a regra do concurso público, é problema comum na Administração Pública dos entes políticos. A aplicação da regra, por vezes, se mostra especialmente dificultosa, na delimitação da função pública de “assessoramento”. O STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.174, considerou viável a criação de cargo em comissão de “Auxiliar de Juiz”⁴¹ (BRASIL, 2019). Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70084071307, decidiu que “nem todas as chefias podem ser providas pela via do cargo em comissão, que se destinam, apenas, ao preenchimento de vagas na Administração Superior do ente municipal”. Isso, pois, segundo tal decisão, nessa hipótese haveria, por parte do servidor comissionado, “o comprometimento com as diretrizes políticas do Chefe do Executivo” (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

De acordo a PEC n 32/2020, o ponto que se destaca é a opção por aumentar o espectro de cargos destinados ao livre provimento. Em verdade, são criados os vínculos de liderança e assessoramento, destinados a atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas⁴². Essa última expressão - “técnicas” -, a bem da verdade, acaba por aumentar indefinidamente o rol de funções públicas abrangidas pelo cargo em comissão, revelando-se uma porta de entrada para atos patrimonialistas. Defende-se que a PEC nº 32/2020, para fazer boas escolhas, deve dialogar com a noção de funções públicas. É razoável que funções estratégicas e gerenciais demandem uma relação de confiança; funções técnicas, contudo, se relacionam, muito mais, com uma ação pautada pela impessoalidade.

nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴¹ Conforme trecho destacado: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que só podem ser criados cargos em comissão quando suas atribuições exijam um vínculo de confiança entre seus ocupantes e aqueles que os nomeiam. (...) O cargo em comissão de Auxiliar de Juiz (...) é típica função de assessoramento, com a finalidade de auxiliar o exercício da atividade jurisdicional, por meio da elaboração de minutas de decisões e pesquisa de doutrina e de jurisprudência. Exige, portanto, relação de confiança entre o ocupante do cargo e o juiz que o nomeia, em consonância com o art. 37, V, da Constituição” (BRASIL, 2019).

⁴² Conforme a PEC 32/2020, assim restaria redigido o inciso V do artigo 37, CF: “Art. 37 [...] V - os cargos de liderança e assessoramento serão destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas”.

4. SERVIDORES TEMPORÁRIOS: O PROBLEMA É A REGRA?

Uma possibilidade de recrutamento de agentes públicos, prevista no texto constitucional, mais especificamente no artigo 37, inciso IX, são os servidores temporários. Em situações excepcionais e temporárias, mediante lei autorizadora, o Estado poderá firmar contratos com referidos servidores. Se trata, como já dito, de uma função pública autônoma. O servidor temporário não ocupa cargo ou emprego público. Há muita confusão na compreensão dessa modalidade de recrutamento, destacando-se os requisitos constitucionais: (1) situação temporária (2) excepcional interesse público e (3) lei autorizadora⁴³. Em âmbito federal, a contratação temporária por excepcional interesse público encontra disciplina geral na Lei nº 8.745/1993, que elenca algumas situações consideradas temporárias e de excepcional interesse público (artigo 2º), assim como prazos máximos de contratações (artigo 4º). Essa norma, frisa-se, não é aplicável aos demais entes da federação⁴⁴.

A situação temporária e excepcional pode ocorrer, por exemplo, quando uma professora, em uma cidade pequena, é licenciada para tratar de sua saúde, sem possibilidade de substituição. Partindo do pressuposto de que é uma licença e não uma aposentadoria por invalidez, em rigor, se trata de uma situação temporária e de excepcional interesse público. Não faria sentido aumentar, de forma definitiva, o quadro de cargos para uma situação que se revela transitória. É importante observar os detalhes: no exemplo, a situação é transitória (a doença), mas a atividade pode ser permanente. Não há nada de ilegítimo em se contratar temporariamente, quando há o excepcional interesse público e uma situação temporária. Uma pandemia, como se vivencia atualmente no Brasil, certamente motivou contratações temporárias por excepcional interesse público, para funções em número superior ao que ordinariamente se mostraria necessário⁴⁵. É a

⁴³ Destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.068: “O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. A alegada inércia da administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal” (BRASIL, 2004).

⁴⁴ Sobre o tema, o verbete da Súmula nº 21, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: “A regra para a efetivação de contratações por tempo determinado é a necessidade de lei específica, à exceção daquelas destinadas à substituição de servidores legal e temporariamente afastados de seus cargos, desde que haja expressa previsão normativa e que a situação esteja inequivocamente comprovada administrativamente”. Discutiu-se, na oportunidade, a necessidade de lei específica ou genérica, apta a autorizar tais contratações temporárias (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

⁴⁵ O Presidente da República chegou a editar a Medida Provisória-MP nº 922/2020, que admitia a contratação temporária de pessoa aposentada, na condição de servidor público federal, com proventos custeados pelo regime próprio de previdência social (BRASIL, 2020a). A referida MP caducou, mas, frisa-se, não é possível o acúmulo de remuneração da função pública (temporária) e proventos de aposentadoria

situação concreta que vai permitir verificar a legitimidade dessa espécie de recrutamento.

Não se exige concurso público para exercício dessa função pública, inobstante alguns tribunais, como a Corte de Contas gaúcha, defendam a necessidade de um processo seletivo, desde que não prejudique a própria finalidade da contratação, que é atender alguma situação emergencial⁴⁶. Já foi dito aqui que não é estendida a prerrogativa da estabilidade a tais agentes públicos, inobstante isso não afaste a compreensão de que a atuação desses servidores sempre será pautada pelo Direito. Em alguns casos, talvez até fosse pertinente tal prerrogativa, mas por uma questão pontual não se estabelece⁴⁷.

A PEC nº 32/2020 passa a tratar tais contratações como vínculo por prazo determinado, trazendo um rol de possibilidades dessas pactuações⁴⁸. Entende-se que a alteração proposta não vai modificar a realidade que se apresenta, qual seja: se valer das contratações temporárias para burlar a admissão de servidores por meio do regular concurso público. A fim de sintetizar a crítica, a PEC nº 32/2020 passaria a admitir essa modalidade de recrutamento, por exemplo, para “acúmulo transitório de serviço”, “projetos ou necessidades de caráter transitório” ou ainda “atividades ou procedimentos sob demanda”. A PEC em comento traz a expressão “transitório” como forma de legitimar essa contratação, mas há a real possibilidade de que tais contratações sejam realizadas para simples acúmulo de serviço e necessidades rotineiras, como acontece atualmente. A

custeados pelo RPPS, em face do disposto no artigo 37, § 10. Ou seja, na eventualidade do vínculo temporário, naquelas condições, a pessoa teria que optar por somente uma das fontes de renda (remuneração ou proventos de aposentadoria). A leitura atenta permite observar que a questão aqui abordada é distinta daquela que envolve militares transferidos para a reserva, admitidos para exercer funções civis, pois lá há acúmulo de proventos de transferência para a reserva (e não aposentadoria) e remuneração de função pública (ver nota de rodapé nº 16, para mais detalhes).

⁴⁶ Como constou na Informação CT nº 10/2001, no Pedido de Orientação Técnica nº 7577-0200/10-0: “Sob este enfoque, a realização de procedimento seletivo simplificado - que não se traduz em imposição constitucional expressa na Carta Magna e que não poderia acarretar obstáculo a uma situação já emergencial -, de forma célere, com critérios objetivos e que oportunize a todos os interessados a possibilidade de serem contratados pela Administração (desde que preenchassem as condições que viessem a ser definidas), sinalizaria o compromisso dessa no atendimento aos princípios constitucionais antes mencionados” (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

⁴⁷ É possível exemplificar com um “policia militar temporário”. É de se supor que a estabilidade seria uma prerrogativa interessante para o bom exercício de suas funções públicas. Contudo, exatamente por configurar um vínculo temporário, optou-se por não se conferir tal prerrogativa nessa espécie de vínculo.

⁴⁸ Segundo o texto da PEC nº 32/2020: “Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá: I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público; II - vínculo por prazo determinado; III - cargo com vínculo por prazo indeterminado; IV - cargo típico de Estado; e V - cargo de liderança e assessoramento. § 1º Os critérios para definição de cargos típicos de Estado serão estabelecidos em lei complementar federal. § 2º Os servidores públicos com o vínculo de que trata o inciso II do caput serão admitidos na forma da lei para atender a: I - necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralisação de atividades essenciais ou de acúmulo transitório de serviço; II - atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos; e III - atividades ou procedimentos sob demanda” (BRASIL, 2020b).

textura extremamente aberta da expressão “atividades ou procedimentos sob demanda” tende a colaborar para o aumento de contratações temporárias, em hipóteses que demandariam a admissão por meio de concurso público.

A verdade é que a regra do artigo 37, inciso IX, atualmente vigente, traduz com precisão a questão: quando a situação concreta evidenciar a situação temporária, na qual reste configurado o excepcional interesse público, a lei será legítima se autorizar tais contratações. No plano fático, todavia, exemplos não faltam de contratações realizadas em descompasso com o mandamento constitucional. O problema não é a regra, mas sua aplicação. Entende-se que a PEC n° 32/2020 não dialogou com a realidade e, quiçá, vai cooperar com o aumento de contratações ilegítimas na Administração Pública.

É importante ressaltar que uma contratação temporária irregular não significa apenas burla à regra do concurso público. Poderá gerar despesas desnecessárias de verbas públicas, como, por exemplo, com Fundo de Garantia por Tempo de Serviço⁴⁹. Além do mais, não se olvida de que o gestor poderá ser responsabilizado perante a Corte de Contas respectiva⁵⁰ ou Poder Judiciário.

Como defendido anteriormente, há situações em que, pragmaticamente, a sociedade aceita correr o risco de que uma determinada função pública seja desenvolvida por um servidor sem estabilidade, ainda que se saiba que, no plano ideal tal, prerrogativa seria interessante. Esse é o caso, inúmeras vezes, das contratações temporárias, quando legítimas⁵¹. Todavia, quando tais admissões são realizadas em desconformidade com os parâmetros constitucionais, não se trata mais de um risco calculado, mas sim de uma conduta ofensiva ao texto constitucional. Novamente, se verifica o relevo da discussão aprofundada das funções públicas.

⁴⁹ Nesse ponto, ressalta-se a decisão do STF, no Recurso Extraordinário n° 765 320: “Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do STF no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da CF não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS” (BRASIL, 2016).

⁵⁰ A título de exemplo, multa aplicada pela Corte de Contas de Minas Gerais: “A Segunda Câmara, em sessão realizada no dia 1/7, aprovou o voto do Conselheiro Relator Cláudio Couto Terrão pela aplicação de multa no valor de 12 mil reais por considerar irregulares as contratações temporárias de profissionais para funções permanentes na Prefeitura de Igarapé (processo n° 850503)” (MINAS GERAIS, 2014).

⁵¹ Basta pensar, novamente, no exemplo do policial temporário, referido na nota de rodapé n° 47.

5. EMPREGADOS PÚBLICOS: PARA QUAIS FUNÇÕES?

Atualmente, há um dilema em relação à admissão de empregados públicos⁵² pela Administração Direta, autárquica e fundacional. No regime de emprego público o vínculo é contratual e não institucional, como sucede nos casos de cargo efetivo, cargo comissionado e contratação temporária por excepcional interesse público⁵³. Não se discute a possibilidade de contratação, pelo regime de emprego, contudo, em relação às empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista) e aos consórcios públicos⁵⁴. Igualmente, se admitem empregados públicos para as funções de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, como já dito. Também foi abordada neste trabalho a recente posição do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.615/SP, que reputou constitucional a possibilidade de regime celetista para autarquias (BRASIL, 2020c). Em relação aos empregados públicos, atualmente, prevalece que não possuem o direito à estabilidade. Todavia, fazem jus àquela prerrogativa os empregados públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional, admitidos até a EC nº 19/1998⁵⁵.

Se defende, nesta pesquisa, que a identificação da função pública é o melhor critério para definir a configuração do vínculo. A normatividade constitucional atual, repisa-se, alcança estabilidade apenas ao cargo efetivo. Poderia o texto constitucional, se

⁵² Mello contribui com a compreensão de empregos públicos: “*Empregos públicos* são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista” (2016, p. 266).

⁵³ Aliás, no ponto, é pertinente a observação de Di Pietro: “Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário” (2020, p. 700).

⁵⁴ Conforme Lei nº 11.107/2005: “Art. 5º [...] § 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”.

⁵⁵ Nos termos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 628888, a Suprema Corte decidiu que “A estabilidade prevista no *caput* do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/98, alcança todos os servidores da administração pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, incluindo os empregados públicos aprovados em concurso público e que tenham cumprido o estágio probatório antes do advento da referida emenda, pouco importando o regime jurídico adotado” (BRASIL, 2007). No mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Embargos nº -106500-15.2005.5.02.0332: “O servidor público celetista admitido após a Emenda Constitucional 19/1998 não tem direito à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República” (BRASIL, 2018). Ainda no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, merece relevo a Súmula nº 390: “I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988” que ingressou até a EC nº 19/1998 II Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988” (BRASIL, 2005).

essa fosse a deliberação do Congresso Nacional, autorizar que o regime de trabalho dos servidores fosse o celetista e com estabilidade em determinadas situações. O Direito não é fundado em essências imutáveis, como crê o pensamento puramente dogmático. Todavia, é importante argumentar que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é da União⁵⁶. Trata-se de um regime jurídico uniforme no país, de sorte que essa escolha política abandonaria, no aspecto, a própria ideia de federação, que visa conciliar unidade e diversidade. Ou, nas palavras de Torres, o que se busca é evitar, no equilíbrio dessa tensão, “soluções uniformes para situações divergentes e decisões divergentes para casos uniformes” (2017, p. 70).

No caso da PEC nº 32/2020, entende-se que seria possível uma clareza mais significativa, quanto ao destino dos empregos públicos. Segundo o artigo 37, inciso II, na redação que se pretende inserir no texto constitucional, “a investidura em emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma da lei” (BRASIL, 2020). Mais adiante, na proposta de texto do artigo 39-A, a ideia é que os entes políticos instituíam, no seu âmbito de competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderia: (1) vínculo de experiência, como etapa de concurso público; (2) vínculo por prazo determinado; (3) cargo com vínculo por prazo indeterminado; (4) cargo típico de Estado e (5) cargo de liderança e assessoramento. Com a criação do cargo com vínculo indeterminado (cargo não típico de Estado), diminui o espectro de possibilidades de empregados públicos na administração direta, autárquica e fundacional, ou, ao menos, isso não está sendo suficientemente debatido (agora seria o momento oportuno). Já foi examinando, no presente trabalho, que os entes federados têm a possibilidade de admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias pelo regime celetista ou estatutário. Continuará sendo possível a admissão de tais agentes pelo regime celetista? Ou o objetivo é definir que empregados públicos se restringem às empresas estatais e consórcios públicos? Há diversos dispositivos do texto constitucional, tratando da Administração Direta, autárquica ou fundacional, com referência a “emprego”⁵⁷. Não seria o caso de revisar todos esses dispositivos agora, durante a

⁵⁶ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

⁵⁷ Por exemplo: “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração; III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do

tramitação da PEC nº 32/2020? Seria interessante que a Reforma Administrativa, se levada adiante, delimitasse com clareza as possibilidades de admissão pelo regime celetista, a fim de evitar futuras judicializações.

6. CARGOS POLÍTICOS E VITALÍCIOS: “ESQUECIDOS” PELA REFORMA

Os cargos políticos, em linhas gerais, seriam aqueles que são providos “mediante processo eletivo”, no âmbito dos “Poderes Legislativo e Executivo”, de sorte que possuem um mandato (OLIVEIRA, 2015, p. 36). Entende-se que é possível incluir aqui, também, os cargos auxiliares do Chefe do Executivo, como Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais. As principais regras para remuneração desses agentes políticos estão delimitadas na CF, como a necessária remuneração por subsídios⁵⁸.

O Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Deputados Federais e Senadores terão seus subsídios fixados pelo Congresso Nacional, conforme se depreende do artigo 49, inciso VII e VIII, da CF⁵⁹. Deputados Estaduais, por sua vez, terão seus subsídios fixados em no máximo 75% dos subsídios dos Deputados Federais⁶⁰.

inciso anterior”. [...] Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b”. [...] Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...] IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração” (BRASIL, 1988).

⁵⁸ “Art. 39 [...] § 4º: O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI” (BRASIL, 1988).

⁵⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁶⁰ Nos termos do artigo 27, § 2º, CF: “Art. 27 [...] § 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I” (BRASIL, 1988).

Já Governadores, Vice-Governadores e Secretários de Estado terão seus subsídios fixados pela Assembleia Legislativa⁶¹.

É em relação aos agentes políticos municipais que costumam ocorrer maiores controvérsias. Segundo a CF, os “subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais” devem ser fixados “por lei de iniciativa da Câmara Municipal”. O texto constitucional ainda diz que o “subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, em cada legislatura para a subsequente”, devendo ser observado o que dispõe a própria Constituição e a respectiva Lei Orgânica⁶².

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul-TCE-RS já decidiu que os subsídios de todos os agentes políticos municipais (Prefeitos, Vices, Secretários Municipais e Vereadores) devem ser fixados por lei em sentido estrito⁶³. Tal posição se firma no teor do artigo 37, inciso X, do texto constitucional, que demanda lei para fixação dos subsídios⁶⁴. Todavia, outras Cortes de Contas apresentam interpretação diversa, no sentido de que a regra do artigo 29, inciso VI seria cláusula de exceção, de sorte que Vereadores poderiam ter subsídios fixados por Resolução⁶⁵. A matéria também é objeto de divergência no Supremo Tribunal Federal-STF, com decisões em ambos os sentidos⁶⁶.

É ponto de divergência também, no que tange aos agentes políticos municipais, a observância do princípio da anterioridade, ou seja, a necessidade de que a fixação ocorra antes das eleições. O TCE-RS entende, por força da redação da respectiva Constituição

⁶¹ “Art. 28 [...] § 2º, CF: “§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I” (BRASIL, 1988).

⁶² “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda constitucional nº 19, de 1998) VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos” (BRASIL, 1988).

⁶³ Nesse sentido, por exemplo, o Processo nº 1703-0200/13-4, da Corte de Contas Gaúcha (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

⁶⁴ “Art. 37 [...] X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

⁶⁵ Por exemplo, a Instrução Normativa nº 04/2015, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará: “Art. 2º. A fixação dos subsídios dos Vereadores poderá ser instituída através de lei específica. Resolução ou Decreto Legislativo, cabendo a iniciativa, em qualquer caso, a própria Câmara Municipal, vinculada a regra da anterioridade, ou seja, fixada de uma legislatura para a subsequente, nos termos do art. 29, VI, da CF/88” (PARÁ, 2015).

⁶⁶ Assim, no RE 1.151.595 (BRASIL, 2018c) e no RE 630.549 (BRASIL, 2018d) se admitiu a fixação por Resolução, ao passo que no RE nº 611.220MG (BRASIL, 2011) e RE 647.040 (BRASIL, 2013b) a compreensão foi pela necessidade de lei em sentido estrito.

Estadual⁶⁷, que os subsídios dos Prefeitos, Vice-Prefeito e Vereadores deveriam ser fixados antes das eleições. Para os Secretários Municipais, todavia, não haveria essa obrigatoriedade⁶⁸ (RIO GRANDE DO SUL, 2012). O Tribunal de Contas de Minas Gerais-TCE-MG apresenta interpretação distinta, inobstante sua Constituição Estadual tenha redação similar⁶⁹ àquela do Estado do Rio Grande do Sul. A Corte de Contas Mineira interpreta que a EC n° 19/1998, ao alterar o artigo 29, inciso V, da CF, revogou o artigo 179 da respectiva Constituição Estadual, que trata do assunto, especialmente no que tange à aplicação do princípio da anterioridade aos Prefeitos e Vices. Fundamentou esse entendimento, ainda, na autonomia dos entes federados, por entender que a Constituição do Estado não poderia adentrar na esfera de competências dos Municípios. Assim, compreende que somente os Vereadores estão subordinados ao princípio da anterioridade. No entanto, entende o TCE-MG que a anterioridade, quando aplicável, é antes das eleições (MINAS GERAIS, 2012). Já o Tribunal de Contas dos Municípios do Pará-TCM-PA decidiu, certa feita, que o subsídio dos Vereadores pode ser fixado após às eleições, mas antes de 31/12 (PARÁ, 2016).

Também é assunto de profundo debate a possibilidade de pagamento de gratificação natalina e terço de férias aos Prefeitos e Vereadores. No julgamento do RE n° 650.898, o STF fixou tese no sentido de que “o art. 39, § 4° da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário” (BRASIL, 2017b). Em que pese, aparentemente, ter fixado uma diretriz, ainda se discutiu, posteriormente, a necessidade de lei ou se tal pagamento decorreria diretamente da Constituição. Recentemente, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n° 32.483, a Primeira Turma da Suprema Corte decidiu que, no caso concreto, teria ocorrido “má aplicação da tese”, pois o pagamento da gratificação natalina e terço de férias se deu exclusivamente com base na Constituição (BRASIL, 2019d).

Mais do que demonstrar a (in)correção das interpretações, acima destacadas, que não exauzem as diversas outras discussões que existem acerca da remuneração desses agentes políticos, o que se pretende sublinhar é que não houve qualquer preocupação do

⁶⁷ “Art. 11. A remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, em cada legislatura para a subsequente, em data anterior à realização das eleições para os respectivos cargos, observado o que dispõe a Constituição Federal” (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

⁶⁸ Nesse sentido, ver o Processo n° 8619-0200/11-9 (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

⁶⁹ “Art. 179 – A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e do Vereador será fixada, em cada legislatura, para a subsequente, pela Câmara Municipal. Parágrafo único – Na hipótese de a Câmara Municipal deixar de exercer a competência de que trata este artigo, ficarão mantidos, na legislatura subsequente, os critérios de remuneração vigentes em dezembro do último exercício da legislatura anterior, admitida apenas a atualização dos valores” (MINAS GERAIS, 1989).

Governo, na PEC nº 32/2020, de tornar mais evidentes tais regras, a fim de tentar superar o dissenso interpretativo, nesses tópicos⁷⁰. Exatamente por exercerem função pública extremamente relevante, é importante que as regras de remuneração desses agentes públicos não sejam fonte de extremada controvérsia jurídica acerca do seu sentido.

Neste mesmo tópico, será abordada uma importante questão relacionada aos cargos vitalícios, que são ocupados por membros da magistratura, ministério público e tribunais de contas. A vitaliciedade, assim como a estabilidade, deve ser compreendida como uma prerrogativa para o exercício da função pública⁷¹. Entende-se que a PEC nº 32/2020 poderia ter se ocupado de um ponto específico em relação a esses agentes públicos: a (in)existência de automaticidade na majoração dos subsídios. Será comparada a interpretação que aqui se considera correta, na definição da remuneração dos magistrados, em comparativo com a que tem sido implementada na prática.

O primeiro dispositivo constitucional que merece destaque, é o artigo 37, inciso XI⁷², ao determinar que o subsídio do Desembargador de Tribunal de Justiça é limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, do Ministro do STF. A Suprema Corte, ao dar interpretação conforme ao dispositivo, juntamente com o artigo 37, § 12⁷³, entendeu ser inadmissível, em relação ao teto remuneratório, a “Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual”, conforme Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.854/DF. A fundamentação do julgado inclui, especialmente, o

⁷⁰ Com a ciência de que enunciados normativos sempre são textos e, portanto, dependentes de interpretação; não há expectativa (ingênua) de que todos os dissensos interpretativos seriam solucionados com uma mudança de texto. Contudo, é sempre possível o incremento, a fim de tornar mais evidente uma regra.

⁷¹ Como bem coloca Carvalho Filho: “A vitaliciedade configura-se como verdadeira prerrogativa para os titulares dos cargos dessa natureza e se justifica pela circunstância de que é necessária para tornar independente a atuação desses agentes” (2011, p. 558).

⁷² “Art. 37 [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos” (BRASIL, 1988).

⁷³ “Art. 37 [...] § 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores” (BRASIL, 1988).

entendimento pelo “caráter *nacional e unitário*” da magistratura (BRASIL, 2007c). Importante observar que o artigo 37, inciso XI disciplina o teto remuneratório (valor máximo de parcelas remuneratórias a ser percebido, em determinada competência, por uma agente público⁷⁴) e não um limite legal (valor máximo a ser fixado em lei, que é o que disciplina o próximo dispositivo comentado).

Assim sendo, outra regra importante para compreender a remuneração dos magistrados está no artigo 93, inciso V⁷⁵, da CF, a qual se propõe a leitura por partes. Inicialmente, a regra diz que “o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Ou seja, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem sua remuneração vinculada à fixada ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, de sorte que sempre que houver variação na última, que serve como base de cálculo, ocorrerá, automaticamente, majoração na remuneração do primeiro. A regra geral é a impossibilidade de vinculações remuneratórias, conforme se depreende do artigo 37, inciso XIII⁷⁶, da CF. A vinculação só será admitida quando o texto constitucional for expresso. Continuando a leitura do artigo 93, inciso V, o dispositivo segue disciplinando: “e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional” Portanto, se depreende que para “os demais magistrados” (portanto, aqueles que não são membros de tribunais superiores) há necessidade de lei para fixar sua remuneração; não há possibilidade de disciplina por ato infralegal, tampouco automaticidade. Prossegue a regra: “não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores”⁷⁷. Percebe-se que não há um piso aos “demais

⁷⁴ “Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido”, conforme STF, no RE nº 602043/MT (BRASIL, 2017a).

⁷⁵ “Art. 93 [...] V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º” (BRASIL, 1988).

⁷⁶ “Art. 37 [...] XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público” (BRASIL, 1988).

⁷⁷ A título de exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 12.910/2008, fixou o escalonamento da magistratura estadual: “Art. 2º A fixação do subsídio, aplicável aos inativos e pensionistas, observará os seguintes índices de escalonamento vertical: (Redação dada pela Lei nº 13.754/11) I - Desembargador e Juiz do Tribunal Militar: 100% (cem por cento); (Redação dada pela Lei

magistrados”, mas sim um limite remuneratório (95% dos subsídios dos Ministros de Tribunais Superiores, que equivale a 90,25% dos subsídios dos Ministros do STF). O mais importante é observar que o constituinte não optou pela automaticidade na majoração dos subsídios dos magistrados, sempre que ocorrer variação na remuneração dos Ministros da Suprema Corte, como fez, por exemplo, no caso dos Tribunais Superiores. Todavia, o CNJ identificou a existência de um piso remuneratório da magistratura estadual⁷⁸, de forma que o reajuste a tais agentes públicos poderia ser automático (BRASIL, 2014). Não há essa automaticidade. Conforme detalhado, o constituinte determinou a necessidade de lei para fixação do subsídio dos magistrados que não façam parte de Tribunais Superiores.

Para finalizar a leitura do artigo 93, inciso V, sua parte final dispõe que se deve obedecer, “em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º”. Ou seja, além do teto remuneratório (artigo 37, inciso XI), é necessário atender ao disposto no artigo 39, § 4, que é a regra dos subsídios, aplicável a todo membro de Poder (caso dos juízes), sendo que tal dispositivo ainda determina a obediência, além do já citado inciso XI, também ao inciso X, ambos do artigo 37. Sublinha-se a redação expressa deste último inciso impõe que a remuneração e o subsídios dos agentes públicos, como regra geral, “somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Mais um indicativo, portanto, de que a remuneração dos juízes só pode ser fixada ou alterada por lei (em sentido estrito), com a ressalva dos Ministros de Tribunais Superiores. Contudo, a decisão do CNJ permitiu, por exemplo, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fixasse os subsídios de seus magistrados por mera

n.º 13.754/11) II - Juiz de Direito de entrância final e Auditor de 2.ª entrância: 90% (noventa por cento); (Redação dada pela Lei n.º 13.754/11) III - Juiz de Direito de entrância intermediária e Auditor de 1.ª entrância: 81% (oitenta e um por cento); (Redação dada pela Lei n.º 13.754/11) IV - Juiz de Direito de entrância inicial e Juiz de Direito Substituto: 72,9% (setenta e dois inteiros e nove décimos por cento); (Redação dada pela Lei n.º 13.754/11) V - Pretor: 69,25% (sessenta e nove inteiros e vinte e cinco centésimos). (Redação dada pela Lei n.º 13.754/11)”.

⁷⁸ Destaca-se trecho da argumentação do CNJ: “A norma do inciso V, do art. 93, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 19/98, criou um escalonamento vertical, a partir do subsídio dos Ministros do STF, para todos os níveis da magistratura, federal ou estadual, haja vista que há não apenas uma limitação ao legislador para fixar o valor máximo (“teto”) do subsídio do Desembargador ou Juiz de segundo grau – 95% do subsídio dos Ministro dos Tribunais Superiores – mas também uma limitação para estabelecer o valor mínimo (“piso”) do subsídio, isto é, 90% do subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores” (BRASIL, 2014). Contra essa decisão do CNJ, foi impetrado o Mandado de Segurança -MS n.º 33.876/DF, que, todavia, não foi conhecido, sob o argumento de que, nos termos da Súmula n.º 266, do próprio STF, não é possível julgamento de MS contra lei em tese (BRASIL, 2016a).

Resolução⁷⁹ ⁸⁰(RIO GRANDE DO SUL, 2018). Esse aumento, por ato infralegal, decorreu da Lei n° 13.752/2018, que majorou os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Também há uma relação explícita com o decidido na Ação Originária n° 1773/DF, que suspendeu o pagamento do auxílio-moradia aos magistrados, mas com condição de que surtisses os efeitos da Lei n° 13.752/2018⁸¹ (BRASIL, 2018b).

O recorte realizado relaciona-se aos magistrados, em que pese análise similar possa ser realizada em relação a membros do Ministério Público e dos tribunais de contas. Revelou-se uma distorção do artigo 93, inciso V da CF, a partir de uma dispensa indevida da reserva legislativa e da compreensão (incorreta) de que haveria uma vinculação, geradora da automaticidade dos subsídios de todos os magistrados. É fundamental ressaltar que a remuneração de um agente público não poderia ser algo tão difícil de se compreender; deveria que ser acessível ao cidadão. Trata-se de tema, portanto, cuja pauta da Reforma Administrativa deveria se apropriar.

7. CONCLUSÕES

Esta pesquisa permitiu o exame de diversos vínculos e situações concretas existentes no cotidiano das administrações públicas. As reflexões propostas visam qualificar o discurso de fundamentação da Reforma Administrativa, confirmando a hipótese inicial desta pesquisa, acerca da necessária compreensão da função pública. A formatação dos vínculos a serem estabelecidos entre os agentes públicos e o Estado, inclusive no que tange às prerrogativas dos primeiros, guarda relação direta com a função pública a ser concretizada.

A função pública, como visto, evidencia uma atividade dirigida a um fim, que, no caso em apreço, são os propósitos constitucionais e legais, sob responsabilidade da

⁷⁹ Anteriormente, os subsídios haviam sido fixados por lei, como se entende correto, neste trabalho (Lei Estadual n° 14.676/2015).

⁸⁰ O Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF n° 564, no STF, “atos administrativos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS”. Tal ação, portanto, não se restringe aos magistrados. Em sede monocrática, contudo, a ação não foi conhecida, por se entender que não era o caso de ajuizamento de ADPF. Dessa decisão foi interposto Agravo Interno, ainda pendente de decisão (BRASIL, 2019d).

⁸¹ Sublinham-se os seguintes trechos da decisão do Ministro Luiz Fux: “ i) Reconhecer, com efeitos prospectivos nos termos do item II abaixo, a impossibilidade do recebimento do auxílio-moradia por qualquer membro do Poder Judiciário, do Ministério Público, das Defensorias Públicas, das Procuradorias, dos Tribunais de Contas ou de qualquer outra carreira jurídica que esteja sendo pago: i) com base na simetria com a Magistratura; ii) com fundamento nas liminares deferidas nesta ação e nas que lhe são correlatas, ou iii) com amparo em atos normativos locais (leis, resoluções ou de qualquer outra espécie). ii) Determinar que a cessação do pagamento do auxílio-moradia só ocorra quando do implemento financeiro no contracheque do subsídio majorado pelas Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018” (BRASIL, 2018b).

atividade estatal. Em sentido estrito, a função pública corresponde às atribuições definidas em lei, para cada agente público. Não há como se ter um debate refletido acerca dos vínculos, sem examinar a função pública correspondente. Também foi realizada a distinção entre função pública em sentido estrito não autônoma, quando necessariamente relacionadas a cargos ou empregos, das funções públicas autônomas, descoladas de cargos e empregos. Essa distinção permitiu examinar, ao longo do trabalho, diversos casos pouco discutidos na doutrina, como as contratações temporárias, os militares estaduais transferidos para a reserva, quando exercentes de atividade civil, além dos servidores a que se refere o artigo 19 do ADCT.

Quando se debater os cargos efetivos ou cargos típicos de Estado; cargos comissionados ou cargos com vínculos de liderança e assessoramento, pensar na função pública vai permitir uma melhor concepção de vínculos, que atendam aos propósitos constitucionais. Não basta, todavia, examinar a função pública. Há outras questões pragmáticas que também devem ser consideradas na formatação do vínculo, especialmente ao se decidir alcançar ou não a estabilidade. Foi relevante examinar a situação dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, categorias de servidores cuja doutrina pouco discute.

Também foram ponto de reflexão os servidores temporários. Defende-se que o problema, nessa espécie de recrutamento, não é a atual regra, mas sim a aplicação pelos gestores. Há uma espécie de admissão de risco (“calculado”), na admissão de tais servidores para exercerem funções públicas, tendo em vista a existência de situações excepcionais e temporárias. Ocorre que quando inexitem tais situações, as contratações ilegítimas significam um abandono injustificado da prerrogativa da estabilidade, necessária para determinadas atividades (ou seja, nessa hipótese o risco não foi aceito, daí o desvirtuamento da regra). Em relação aos empregados públicos, defende-se que a Reforma Administrativa deveria discorrer com maior profundidade qual será seu campo de atuação; para quais funções públicas serão destinados.

Foi possível desenvolver questões pontuais acerca de determinados agentes públicos “esquecidos” pela PEC nº 32/2020: os agentes políticos e os titulares de cargos vitalícios. Quanto aos primeiros, o recorte foi a identificação de divergências na definição dos subsídios, especialmente em âmbito municipal. Em relação aos cargos vitalícios, examinou-se um ponto relacionado à remuneração dos magistrados; assunto que pode ser observado, igualmente, em face dos membros do Ministério Públicos e dos tribunais de contas. No caso, foi construída uma crítica em face da interpretação do CNJ, que defende

a automática majoração de subsídios, para todos os magistrados, sempre que alterada a remuneração dos Ministros da Suprema Corte. Ambos os temas, diante da relevância das funções públicas, deveriam estar na pauta da Reforma Administrativa.

8. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia. Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0006845-87.2014.2.00.0000. Conselheiro Relator: Gilberto Valente Martins. Brasília, 13 jan. 2014. Disponível em: www.cnj.jus.br Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Emenda à Constituição nº 103, de 12 de nov. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 06 abril de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111350.htm Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.752, de 26 de novembro de 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13752.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.752%2C%20DE%2026,no%20inciso%20XV%20do%20art. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm Acesso em: 27 nov.. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 922, de 28 de fevereiro de 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv922.htm Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020. Apresentada em 3 set. 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 114/PR. Brasília, 26 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628196> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135/DF. Relator originário: Ministro Néri da Silveira. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 02 ago. 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.615/SP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 29 mai. 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175096> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.174/SE. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 ago. 2019c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750740374> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.068/DF. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 ago. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363299> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº 1773/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 nov. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339125545&ext=.pdf> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 33.876. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 jun. 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11476930> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 32.483/SP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 03 set. 2019d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751915333> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 628888/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 nov. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503386> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.234.192. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão:

Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16 jun. 2020d. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753969847>
Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 564/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 fev. 2019D. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339514684&ext=.pdf> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.854/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 28 fev. 2007c. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469714> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.151.595/CE. Brasília, 30 nov. 2018c. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339174399&ext=.pdf> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 587371/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 14 nov. 2013a. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242825> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 602043/MT. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 24 abr. 2017a. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561998> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611220/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 jun. 2011. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho213285/false> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630549/MG. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 4 jun. 2018d. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314517786&ext=.pdf> Acesso em: 27 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 647040/MG. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 01 ago. 2013b. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho344910/false> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650898/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 01 fev. 2017b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413775> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 765320. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 15 set. 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11702753> Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Embargos nº -106500-15.2005.5.02.0332. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, 06 set. 2018e. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/> Acesso em: 03. Dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 390 (2005). Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas> Acesso em: 03 dez. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2 ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

MAZUOLLI, Valerio. ALVES, Waldir. Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MILESKI, Helio Saul. Controle da Gestão Pública. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais (1989). Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf> Acesso em: 27 nov. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Cartilha de Orientações para fixação dos subsídios dos vereadores (2012). Disponível em: https://www.tce.mg.gov.br/img_site/cartilha_subsidios_vereadores.pdf Acesso em: 27 nov. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Tribunal multa por contratação temporária para funções permanentes em Igarapé. Belo Horizonte, 03 jul.

2014. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111621093> Acesso em: 27 nov. 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Públicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PARÁ. Tribunal de Contas do Municípios do Estado do Pará. Instrução Normativa nº 04/2015. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7::P1_PESQUISAR:NO:RP:P7_ORIGEM:SUMULAS Acesso em: 27 nov. 2020.

PARÁ. Tribunal de Contas do Municípios do Estado do Pará. Resolução nº 12.800, de 6 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.tcm.pa.gov.br/doi/publicacao/prejulgados?Tbpublicacao_page=3&Tbpublicacao_sort=anexo Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (1989). Disponível em: www.al.rs.gov.br Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/LegislacaoEstadual.aspx> Acesso em:

RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar nº 10.990, de 18 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/LegislacaoEstadual.aspx> Acesso em: 02 dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual nº 12.910, de 11 de março de 2008. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/LegislacaoEstadual.aspx> Acesso em: 07 dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 14.676, de 15 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=61881&hTexto=&Hid_IDNorma=61881 Acesso em: 04 dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Súmula 21. Processo nº 9632-0200/12-9. Relator: Conselheiro Estilac Xavier. Porto Alegre, 21 mai. 2014. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7::P1_PESQUISAR:NO:RP:P7_ORIGEM:SUMULAS Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 1703-0200/13-4. Relatora: Conselheira-Substituta Ana Warpechowski. Porto Alegre, 20 abr. 2016. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/search?site=processos_pub&client=tce_rs_processos&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=tce_rs_processos&proxyreload=1&aba=consultas&filter=0&getfields=* &oe=utf-8&ie=iso-8859-1&lr=lang_pt Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 1703-0200/13-4. Relator: Conselheiro Estilac Xavier. Porto Alegre, 10 set. 2014.

Disponível em:

https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4_CD_LEGISLACAO:61316

5 Acesso em: 03 dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de Orientação Técnica nº 7577-0200/10-0. Informação CT nº 10/2011. Relator: Conselheiro Cezar Miola. Porto Alegre, 16 mar. 2011. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4_CD_LEGISLACAO:35704
6 Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de Orientação Técnica nº 8619-0200/11-9. Porto Alegre, 19 jan. 2012. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:4:::NO::P4_CD_LEGISLACAO:41577
0 Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 70077724862. Porto Alegre, 8 jul, 2019 Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/> Acesso em: 27 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70083157891. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira. Porto Alegre, 17 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/> Acesso em: 27 nov. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TORRES, João Camilo de Oliveira. A formação do federalismo no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da terceirização na administração pública. São Paulo: Malheiros, 2014.

Victor Silveira Martins

Um problema de origem no RH do Estado brasileiro:
Concurso público e qualificação dos servidores públicos



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp

Um problema de origem no RH do Estado brasileiro: Concurso público e qualificação dos servidores públicos*

Victor Silveira Martins

Resumo: Nos últimos anos, retornou à pauta do debate público brasileiro a necessidade de realização de uma reforma do RH do Estado. O setor público do país enfrenta um grave problema de produtividade. Isso significa, em síntese, que o Estado brasileiro, hoje, conta com uma máquina pública que não responde de modo eficiente às exigências da sociedade atual. Essa situação, naturalmente, não deriva apenas de acontecimentos recentes. É resultado de uma evolução histórica da organização do setor público no país. De todo modo, um dos fatores que justificam a baixa produtividade do setor público brasileiro atualmente é a cada vez mais evidente incapacidade do Estado recrutar na sociedade pessoas qualificadas e dedicadas ao desempenho de funções públicas. Nesse sentido, o presente texto busca na história do relacionamento jurídico entre os servidores estatais e o Estado brasileiro explicações para o atual estado de coisas. Em primeiro lugar, analisa-se a combinação de patrimonialismo e burocracia que marca historicamente a Administração pública brasileira e como o Estado, ao longo do tempo, atendendo a uma demanda burocrática, deixou de se preocupar de modo mais incisivo com a qualificação dos ingressantes no serviço público. Na sequência, é destacado como planos de reformas não alcançaram sucesso em suas empreitadas de mudar a estrutura geral do funcionamento da máquina pública, em especial porque se depararam com toda sorte de adversários. Por fim, menciona-se a evolução da preocupação que os franceses tiveram na formação dos seus quadros públicos, especialmente aqueles que ocupam as posições mais elevadas na organização administrativa estatal. Com isso, chama-se a atenção para a necessidade de o Brasil investir cada vez mais em escolas de formação para preparar indivíduos previamente habilitados em concursos públicos, a fim de que estes sejam capazes de enfrentar de modo mais adequado os desafios de uma realidade complexa.

145

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, ressurgem no Brasil discussões sobre a necessidade de realização de uma reforma administrativa que altere o funcionamento do setor público brasileiro. Não se trata de debates dos mais simples. A ideia de mudança significativa em uma das bases de sustentação do Estado acende as mais diversas polêmicas e interesses. No caso brasileiro, a perspectiva de modificação se torna ainda mais complexa, pois, por

* O presente texto obteve menção honrosa no “1º Concurso de Monografias - Direito Público dos Recursos Humanos”.

questões históricas, a administração do Estado foi formada a partir de uma combinação perversa de patrimonialismo e burocracia.

Sem embargo, não é de hoje que se comenta sobre reforma administrativa do Estado¹. Nos anos 1990 – para tratar de uma época mais recente –, esse debate surgiu como parte de um amplo movimento de reestruturação do Estado brasileiro após a contenção do quadro inflacionário que por muitos anos foi o principal problema nacional (inclusive no descontrole das contas públicas). Questionava-se, em síntese, a eficiência do modelo burocrático e sua capacidade de responder às novas demandas de uma sociedade em transformação².

Apesar de avanços significativos, que teve como ponto culminante a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, o plano de reforma da estrutura administrativa do Estado brasileiro não foi em absoluto completado. Especialmente no setor de recursos humanos, a verdade é que pouca coisa mudou em questões envolvendo matérias como estruturação de carreiras, produtividade no setor público e análise de desempenho dos servidores.

Os anos seguintes – início do século XXI – se mostraram menos afetos ao debate sobre a gestão administrativa dos poderes estatais³. Apesar de uma reforma da

¹ Cf. SOUZA, Nelson Mello e. Reforma administrativa no Brasil: um debate interminável. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 54 a 70, mai. 1994. ISSN 1982-3134. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8513/7256>>. Acesso em: 29 Out. 2020; JUNIOR, Olavo Brasil de Lima. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 49, n. 2, p. p. 5-31, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v49i2.364. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/364>. Acesso em: 29 out. 2020

² Nas palavras de um dos idealizadores da reforma do Estado brasileiro nos anos 1990: “Quando as idéias foram inicialmente apresentadas, em janeiro de 1995, a resistência a elas foi muito grande. Tratei, entretanto, de enfrentar essa resistência da forma mais direta e aberta possível, usando a mídia como instrumento de comunicação. O tema era novo e complexo para a opinião pública e a imprensa tinha dificuldades em dar ao debate uma visão completa e fidedigna. Não obstante, a imprensa serviu como um maravilhoso instrumento para o debate das idéias. Minha estratégia principal era a de atacar a administração pública burocrática, ao mesmo tempo que defendia as carreiras de Estado e o fortalecimento da capacidade gerencial do Estado”. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7 a 26, jan. 2000. ISSN 1982-3134. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289/4880>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

³ Apesar das referências a governos em específico, vale transcrever as palavras de José Celso Cardoso Júnior e Roberto Passos Nogueira: “Em contraposição ao primeiro mandato do Governo FHC, as políticas de gestão de pessoal do setor público no Governo Lula, não obstante terem trazido elementos novos e auspiciosos, foram tratadas de modo sumário e em escassos documentos, talvez como reflexo de certa ausência de consenso acerca de qual estratégia política seguir para o tema dos recursos humanos no setor público. Diversas medidas de modernização administrativa continuaram a ser praticadas, mas pouco se escreveu sobre o assunto e a todo custo se evitou o uso da expressão “Reforma do Estado”. (JÚNIOR, J. C. C.; NOGUEIRA, R. P. Ocupação no setor público brasileiro: tendências recentes e questões em aberto. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 62, n. 3, p. p. 237-260, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v 62i3.71. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/71>. Acesso em: 29 out. 2020.

previdência do setor público implementada em 2003⁴ e outra do Poder Judiciário, em 2004, os positivos resultados econômicos do país em curto prazo colocaram a agenda reformista em segundo plano. É nesse período que cresce progressivamente o gasto com servidores em todas as unidades federativas (União, Estados e Municípios), inclusive com os primeiros sinais de que, logo, as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal poderiam começar a ser descumpridas⁵.

A partir de 2013, o Brasil passa a lidar com um processo de crise política e econômica, que, com marchas e contramarchas, tem seus efeitos até os dias atuais. O quadro fiscal de grande parte das unidades federadas passou a apresentar dados cada vez mais preocupantes.

Muitos dos problemas escondidos por algum período de bonança emergiram rapidamente. Especialmente no que diz respeito aos servidores públicos, os números demonstraram que os gastos com esses agentes continuaram a crescer, apesar da menor capacidade de arrecadação dos entes estatais.

Diante desse contexto de debilidade das contas públicas, nos últimos anos intensificou-se o debate sobre a necessidade de promoção de uma nova reforma administrativa, tendo-se em vista especialmente poupar recursos do orçamento público no longo prazo e combater “privilégios” no setor público.

Nesse contexto, chega-se a 2020 com uma proposta de reforma administrativa encaminhada pelo atual governo federal que prevê uma economia de quase R\$ 300 bilhões no período de 10 anos em gastos com pessoal e o fim da estabilidade para algumas carreiras públicas⁶.

De toda sorte, nota-se que as discussões em torno de uma reforma administrativa que mude a situação dos servidores do Estado geralmente aparecem em momentos de maior dificuldade econômica do Estado – o que, em si, não é uma grande novidade, afinal é geralmente nesses momentos que esses debates emergem. Veja-se o caso de Portugal, que, em grave crise econômica durante a primeira década do século XXI e diante das

⁴ MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos Agentes Públicos. *Revista Brasileira de Direito Público* - RBDP, ano 17, n. 2, p. 141-183, jul./ set. 2003.

⁵ Interessante estudo foi apresentado por Félix Lopez e Erivelton Guedes sobre a evolução do funcionalismo público no Brasil nos últimos 30 anos (Cf. LOPEZ, Félix; GUEDES, Erivelton. *Três Décadas de Evolução do Funcionalismo Público no Brasil* (1986-2017). Brasília: IPEA, agosto/2020).

⁶ Trata-se da Proposta de Emenda Constitucional 32/2020 (PEC da Reforma Administrativa). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1221F5323233B083FFD0B69D762F29AA.proposicoesWebExterno2?codteor=1928148&filename=Tramitacao-PEC+32/2020. Acesso em 01 de nov. de 2020.

pressões da Comunidade Europeia, teve que promover uma ampla reforma de sua Administração pública (“Troika”), conforme aponta Pedro Gonçalves⁷.

O problema é que, em muitas oportunidades, apenas o aspecto financeiro é enfatizado como justificativa para a apresentação de uma reforma do funcionamento da máquina pública. Perde-se do radar, portanto, outros problemas da gestão pública brasileira – e que naturalmente impactam, mais adiante, a gestão financeira do Estado.

Nesse sentido, foi um grande sinal quando Ana Carla Abrão Costa, Armínio Fraga e Carlos Ari Sundfeld, dois economistas e um jurista, chamaram atenção, em artigo publicado em diversos canais⁸, para a necessidade de reforma do RH do Estado, dando um sentido mais amplo ao debate, para além do aspecto dos gastos com servidores. O texto joga luzes sobre o problema da produtividade do setor público e a superficialidade com que se trata o tema no país (em especial na tentativa em se definir quais são ou não as chamadas “carreiras de Estado”, merecedoras, portanto, de proteções jurídicas mais consistentes).

São vários os pontos da organização interna da Administração pública (em sentido subjetivo⁹) – planejamento global, carreiras, sistemas de avaliação de desempenho de servidores, etc. – os quais afetam a dinâmica produtiva do setor público. Essa discussão, evidentemente, avança por questões atinentes a diversas disciplinas (economia, história, sociologia, psicologia). No entanto, apesar dessa interdisciplinaridade, ao fim e ao cabo, são definições jurídicas que acabam por regular, na essência, o funcionamento da Administração e da atuação dos servidores estatais.

⁷ Anota Pedro Gonçalves: “Uma exigência fundamental no caminho de correção da atual desorganização ultrapassa o valor da estabilidade: aludimos à necessidade urgente — que tem estado na agenda política e mediática e que surge aliás referenciada no Memorando da Troika — de diminuir o “Estado paralelo” e a infinidade de organismos em que a administração se foi desdobrando nos últimos anos.³³ É verdade que esta tendência, nas suas várias manifestações, se verificou um pouco por todo o lado, mas em Portugal assumiu proporções surpreendentes. Parar o crescimento do fenómeno contribuirá para que a administração regresse a casa e, desejavelmente, para o retorno a uma estabilidade do sistema administrativo”. (GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013).

⁸COSTA, Ana Carla Abrão; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Hora de reformar o RH do Estado. *Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 de nov. de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/hora-de-reformar-o-rh-do-estado,70002583603>>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

⁹ Consoante destaca Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Predominantemente, a função administrativa é exercida pelos órgãos do Poder Executivo; mas, como o regime constitucional não adota o princípio da separação absoluta de atribuições e sim o da *especialização* de funções, os demais Poderes do Estado também exercem, além de suas atribuições predominantes – legislativa e jurisdicional – algumas funções tipicamente administrativas. Tais funções são exercidas, em parte, por órgãos administrativos existentes no âmbito dos dois Poderes (as respectivas Secretarias) e, em parte, pelos próprios parlamentares e magistrados (...)”. (DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58).

Pois bem. Pretende-se abordar, do ponto de vista jurídico, algo que parece ser um vício de origem (e que é pouco discutido no Brasil): o modelo de acesso à grande maioria das posições públicas, notadamente a cargos das carreiras mais elevadas do Estado brasileiro – sem entrar na discussão pouco produtiva sobre quais seriam as carreiras de Estado propriamente ditas, que mereceriam uma especial proteção do Direito, em especial no que concerne à estabilidade. É aqui que patrimonialismo e burocracia começam a se combinar – e a explicar, em alguma medida, o atual estágio de baixa produtividade dos servidores públicos.

Por um lado, tem-se ainda um elevado número de cargos de livre nomeação em todos os níveis de Administração (em todos os Poderes)¹⁰, que facilita, de modo mais intenso (embora não apenas), práticas patrimonialistas; em outra banda, nota-se um modelo de concursos públicos extremamente burocrático, incapaz de selecionar com qualidade novos ocupantes de cargos de provimento efetivo e empregos públicos. O resultado elementar dessa combinação é que o setor público no país deixou de ser, em grande medida, um atrativo capaz de mobilizar pessoas preparadas ao bom exercício de funções públicas cada vez mais complexas.

Como se verá, o Brasil, nesse ponto, está muito distante de outros países que realizaram reformas importantes visando qualificar e melhorar a produtividade da burocracia estatal, não só na flexibilização de regimes jurídicos de pessoal, como também na definição de regras que estimularam o ingresso de pessoal qualificado nos quadros do Estado.

¹⁰ Cf., nesse sentido, o estudo promovido por Paulo Modesto sobre o abuso da criação dos cargos de provimento em comissão. Após elencar as situações típicas em que geralmente ocorrem as nomeações de cargo de confiança desde a Constituição de 1988, registra o autor: “A violação mais frequente à exigência do concurso público para a investidura em cargos públicos, porém, foi a criação abundante de cargos de confiança com a ausência de especificação de atribuições ou a especificação de atribuições inadequadas para justificar a exceção à cláusula do concurso público em Estados e Municípios. Em segundo lugar, a criação de cargos em comissão em número desproporcional ao número de servidores efetivos existentes, sobretudo ao número de cargos efetivos providos e não simplesmente criados”. (MODESTO, Paulo. É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil? Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da Constituição de 1988. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 297).

CAPÍTULO 1 – DO PATRIMONIALISMO À BUROCRACIA: UMA BREVE HISTÓRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

Para os estudiosos de temas do Direito Administrativo no Brasil, ficou famosa uma compreensão de Dinorá Adelaide Musetti Grotti sobre a concepção de serviço público. Segundo a autora:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento. Essa é uma questão histórica e cada Estado desenvolve um modelo peculiar.¹¹

Com efeito, a mesma lógica pode ser empregada para tratar do modelo de Administração pública de um país. A organização administrativa tem por base as características históricas, culturais e valorativas de um local em um determinado tempo. A Administração (em sentido material) é, pois, o resultado de uma concepção política-administrativa predominante em uma sociedade, em um dado período da história de um local, a que o Direito dá forma através de normas jurídicas.

De qualquer modo, costuma-se identificar três grandes modelos de organização administrativa: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial¹². Evidentemente, não se trata de modelos estanques e que se excluem reciprocamente. Pelo contrário: são arranjos organizativos que se combinam e interpenetram, formando uma identidade própria a cada Administração pública de um local. Ademais disso, em muitas oportunidades, são modelos que se sucederam ao longo da história, o que impediu que um se sobrepusesse completamente sobre o outro.

O caso brasileiro explicita bem essa dinâmica: do momento em que o Brasil se torna um Estado independente, em 1822, até os anos 1930, ou seja, do Império ao fim da Primeira República, fala-se de um modelo de Administração pública com características tipicamente de uma administração patrimonialista.

A partir de meados do século XX (em meados da década de 1930, para ser mais preciso), com o aumento da centralização política-administrativa no país, estrutura-se um modelo de gestão administrativa de marca eminentemente burocrática, que se apresenta como ideia preponderante e menos contestada até meados dos anos 1980.

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 87

¹² Cf. MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben, 2020, p. 21

A ideia de uma administração gerencial, por seu turno, emerge no Brasil a partir de meados da década de 1990, no contexto de uma ampla reforma do Estado propugnada visando alterar as estruturas do modelo burocrático, entendido como custoso e ineficiente¹³.

De toda sorte, é certo que esses modelos convivem na realidade administrativa brasileira. Práticas patrimonialistas no seio da Administração ainda acontecem em larga escala no país¹⁴(apesar de tentativas de diminuí-las¹⁵); tampouco o modelo burocrático foi integralmente desmontado no contexto da tentativa de implementação de um modelo mais próximo ao gerencial¹⁶.

Não é pretensão do presente do texto descrever minuciosamente as características essenciais de cada um dos modelos de Administração pública – até porque exigiriam, por si só, estudo mais amplo¹⁷. Contudo, algumas considerações sobre esses modelos merecem ser anotadas.

¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 241.

¹⁴ Nesse sentido, vide, por todos, ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, n. 3, p. 104-132, set./dez. 1997

¹⁵ Nos termos da Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹⁶ Registre-se as palavras de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro: “Resta claro, portanto, que o modelo gerencial — voltado à realização da eficiência administrativa — não substitui por completo o modelo burocrático, mas cumpre papel importante na evolução organizacional da sociedade, inovando e agregando conceitos antes desconhecidos, ou ao menos impensados, à Administração Pública. Em síntese, o modelo gerencial no Brasil não tem o condão de sobrepor-se — ou de certa maneira excluir — ao modelo burocrático, ao contrário, muito embora já seja aplicado em vários cenários desse novo contexto de Administração, tem ainda um caráter residual (experimental), constituindo-se numa projeção da Administração Pública. Sinaliza o modelo gerencial, pois, para uma evolução no modelo de gestão dominante, incluindo técnicas e metodologias que agregam e são fundamentais para a eficiência na gestão da coisa pública”. (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência*. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 63-72, out./dez. 2007.)

Nesse sentido também é a observação de Pedro Thomé de Arruda Neto: “Afastada a uniformidade de modelagem e o purismo teórico, é possível se identificar a preponderância de elementos do modelo burocrático de gestão na administração pública pátria (Bresser-Pereira, 2003), fato que não afasta a convivência paralela, dentro do sistema, de manifestações sociojurídico-políticas das outras três modelagens, mesmo que rarefeitas”. (NETO, Pedro Thomé de Arruda. *Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamentos de uma nova administração pública constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 133-158, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8050>>. Acesso em: 26 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8050>.)

¹⁷ Cf., por todos, WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 141 e ss. v. 1.

O modelo patrimonialista de Administração pública, em breve síntese, é aquele no qual os espaços público e privado se confundem com frequência, não sendo possível distinguir com clareza o que é interesse particularístico¹⁸ dos agentes de poder e os interesses públicos propriamente ditos. As relações no ambiente da Administração pública são constituídas a partir de vínculos meramente pessoais e de favoritismos.

Paulo Modesto define o quadro de uma Administração tipicamente patrimonialista:

No patrimonialismo o governante organiza o poder político como uma espécie de poder doméstico, segundo vínculos de solidariedade e fidelidade típicos dos membros de uma família. Não há impessoalidade (exercício do poder *sine ira et studio*, sem ódio e paixão, elementos essenciais para o conceito objetivo de dever impessoal). O poder é exercido como propriedade pessoal do governante, extensão do seu domínio privado, sem realizar-se a distinção entre a esfera pública e a esfera privada. Os cargos são vendidos ou concedidos como prebendas ou sinecuras, sendo utilizados para cooptação e favorecimento. O poder é concebido como um bem privado e apropriado por seus exercentes, sempre atentos à proteção de seus dependentes ou afilhados. O governante é o *pater familias supremo*.¹⁹

Por outro lado, o modelo burocrático é aquele em que a Administração pública se organiza internamente de maneira extremamente rígida a partir da definição de competências específicas a cada uma das unidades administrativas. Trata-se de um modelo que surge como contraposição ao patrimonialismo, em fins do século XIX e início do século XX. É moldado com base na ideia de disciplina, hierarquia e profissionalismo, segundo uma ordem de dominação “racional-legal” (para falar-se com a tese de Max Weber²⁰).

Por fim, o modelo gerencial, impulsionado por um movimento reformista que começa a ganhar maior destaque a partir dos anos 1980, surge como tentativa de resposta à incapacidade do modelo burocrático de proporcionar efetividade na prestação de

¹⁸ A palavra particularístico está aqui colocada na linha do quanto deduzido por Floriano de Azevedo Marques Neto. Tratando da necessidade de “republicização” do Estado, aduz o publicista: “Trata-se da descontaminação da esfera pública dos interesses especiais (como, por exemplo, os interesses das corporações de servidores) ou mesmo particularísticos (v.g., todas as estruturas de corrupção gestadas em torno dos negócios públicos) que se imiscuem no espaço público patrimonializando (v.g., privatizando) bens, direitos e oportunidades pertencentes à coletividade social”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 181-182).

¹⁹ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 17, n. 41, p. página inicial-página final, abr./ jun. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10485/16652>. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁰ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 142 e ss. v. 1

serviços à coletividade²¹. É orientado, fundamentalmente, por uma pauta de eficiência administrativa (controle de resultados²²). Carlos Ari Sundfeld resume o tema: “(...) a reforma da gestão pública propõe introduzir certas flexibilidades e trocar alguns controles formais por controles de resultado, dentro de um enfoque de administração gerencial”²³

Um panorama geral sobre os esquemas teóricos de organização administrativa serve, pois, de referência para analisar a situação dos servidores públicos ao longo da história brasileira.

1.1. Os servidores estatais no início da história: as raízes do patrimonialismo no servidorismo público brasileiro

A história mostra, desde os primórdios, que o funcionamento da máquina estatal depende de um conjunto de agentes dedicados à realização da atividade de administração das coisas públicas (para além dos agentes políticos). Esses agentes compõem a chamada burocracia estatal. Não há registro de que um único agente político – mesmo em posições ditatoriais, com poderes altamente centralizados – tenha conseguido organizar todas as atividades do Estado sem auxílio de outras pessoas. Em suma: a atividade pública depende de agentes²⁴.

A diferença fundamental é como determinadas pessoas são elevadas a postos públicos (cargos e empregos). Existem, basicamente, duas formas: i) com base em relações estritamente pessoais, isto é, por um vínculo de confiança – é o que chamaríamos, hoje, no Brasil, de cargos em comissão; ou ii) através de um procedimento administrativo próprio no qual várias pessoas disputam, em condições de igualdade, uma posição na Administração pública – o concurso público.

Nos primeiros momentos da história do Brasil independente, a ideia de um concurso público para a seleção isonômica de agentes públicos essencialmente não existia. Deveras, tratava-se de uma sociedade estabelecida sob um sistema de privilégios

²¹ Vide, nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175 e ss.; ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: ENAP, 1997. (Cadernos ENAP, 10).

²² Nesse sentido, vide, por todos, SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39-61

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48

²⁴ Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, em uma das primeiras obras sobre Direito Administrativo no Brasil, em meados do século XIX, já destacava que a Administração “obra por meio de seus agentes” (URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1862, p. 177)

e favoritismos. Assim, a ocupação de um cargo público dependia fundamentalmente de boas conexões políticas com os detentores de poder político.

A Constituição de 1824 não tratava especificamente dos servidores públicos de carreira. Mencionava, nesse aspecto, apenas, competir ao Imperador a nomeação, no âmbito do Poder Judiciário, de magistrados, e, no plano do Poder Executivo, empregos civis e políticos, comandantes militares e diplomatas²⁵ (art. 102).

Aliás, a própria situação dos juizes de Direito era bem diferente do que se observa hoje em dia. Apesar da separação dos poderes prevista na Carta de 1824, o provimento do cargo de juiz de comarca, durante todo o período imperial (1822-1889), dependia de nomeação do Imperador. Poucas eram as restrições formais para a ocupação do cargo de juiz. Por exemplo, nos termos do Decreto nº 867, de 26 de julho de 1850, bastava ser o sujeito a ser nomeado bacharel em Direito e ter servido por algum tempo como Juiz Municipal, de Órfãos ou Promotor Público²⁶. Não se falava sobre a necessidade de realização de um concurso público para ingresso na Magistratura. Nesse diapasão, nada se versava acerca de carreiras públicas tal como conhecemos hodiernamente.

Mesmo a doutrina da época²⁷ não trata de hipóteses de cargos da Administração acessíveis fora de um enlace de natureza eminentemente pessoal (ainda que se possa dizer que o Poder Público daquela época não dependesse, de fato, de grandes estruturas administrativas de pessoal).

É nesses quadrantes que se consolida e se expande o modelo essencialmente patrimonialista na Administração pública brasileira²⁸. Consoante pondera Sérgio Buarque de Holanda:

“(...) para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em

²⁵ Nos termos do artigo 111 da Constituição de 1824: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes atribuições: I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente. II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos. III. Nomear Magistrados. IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos. V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removel-os, quando assim o pedir o Serviço da Nação. VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes (BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 26 de outubro de 2020).

²⁶ Cf. BRASIL. *Decreto no 687, de 26 de julho de 1850*. Estabelece regras sobre as nomeações, remoções, e vencimentos dos Juizes de Direito. *Coleção das leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1851. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁷ Vide URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1862, p. 177 e ss; RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1968 (reimpr. do texto original de 1861), p. 181 e ss.

²⁸ A primeira reforma administrativa levada a cabo no Brasil ocorre em 1936 (Reforma Burocrática).

que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que merecem os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias”²⁹.

Alguns autores atribuem a essa marca da Administração um dado histórico e cultural³⁰. Nem mesmo a instauração da República, em 1889, um regime que se supõe incompatível com privilégios, alterou a lógica de uma Administração marcadamente patrimonialista³¹.

1.2. A ascensão do modelo burocrático e os servidores estatais

A partir dos anos 1930, a realidade político-administrativa do Estado brasileiro começa a ganhar novos contornos³². De modo a reagir às contradições de um modelo patrimonialista, surgem propostas de reforma da máquina pública brasileira em busca de uma maior racionalização das atividades administrativas. Busca-se, na teoria, abolir um modelo que privilegiava interesses pessoais em face de “interesses públicos”. Começa-se a implementar um modelo de Administração burocrática.

Thiago Marrara elucida o que significou a ascensão do ideal burocrático: “O ideal burocrático desponta pautado pelos vetores de racionalização, da meritocracia, da organização das carreiras dos agentes públicos, da hierarquização funcional, da legalização do poder, da impessoalidade e do formalismo.”³³

No ponto, uma Administração pública estruturada nesses moldes muda a dinâmica envolvendo o funcionalismo público. As relações entre os agentes de uma dada estrutura administrativa não mais deveriam ser pautadas com base em laços pessoais; mas, sim,

²⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146

³⁰ Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 866 e ss.

³¹ Consoante relata Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Também a Constituição de 1891 não continha capítulo sobre os funcionários públicos, embora fizesse referência a “empregos públicos federais”, para outorgar ao Congresso Nacional competência para a sua criação ou supressão, bem como para a fixação de suas atribuições e estipulação de seus vencimentos (art. 34, item 25); também havia referência a ‘cargos civis e militares de caráter federal’, para determinar a competência do Presidente da República para o seu provimento”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Tratado de Direito Administrativo - Administração Pública e Servidores Públicos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. v. 1., p. 325). Vide, ainda, FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 635.

³² Aponta-se a criação do Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP), em 1938, como símbolo desse movimento. Cf. BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 2015. DOI: 10.21874/rsp.v. 47i1.702. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³³ MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben, 2020, p. 24

profissionais. Impera o princípio da impessoalidade, de que é corolário fundamental, nesse tipo de esquema organizativo, o concurso público.

O concurso público se tornou, enquanto procedimento racional de natureza administrativa, o elemento fundamental da contenção dos favoritismos no acesso a cargos e empregos públicos. Desde meados da década de 1930, portanto, para alguém ocupar um cargo ou emprego público deve, em regra, ser aprovado em um concurso público.

A regra do concurso público ganhou, inclusive, no Direito Brasileiro, *status* constitucional, a partir da Constituição de 1934³⁴ – e foi replicada nos Textos Constitucionais subsequentes (1946, 1967, 1969 e 1988).

Mas não foi apenas a instituição da regra do concurso público que marcou a mudança de paradigma do tratamento dos servidores públicos. Tendo-se em vista inibir eventuais assédios de governantes de turno, aos servidores públicos, agora ligados diretamente com o Estado (e não mais a um determinado agente político), foi deferido um sistema de proteção e estabilidade³⁵. Deveras, os servidores públicos passaram a exercer funções de acordo com as suas capacidades profissionais – e não pessoais –, devidamente demonstradas, em tese, no concurso público.

A construção desse sistema fazia sentido, sobretudo considerando o histórico patrimonialista e instável da Administração pública brasileira.

O tempo, no entanto, mostrou que os desafios da realidade brasileira na gestão de pessoal eram muito maiores. Ainda nos dias de hoje isso é facilmente perceptível.

1.2.1. Os problemas do modelo burocrático na gestão dos servidores estatais no Brasil

O modelo burocrático na organização administrativa do Estado, especialmente no que toca à gestão de pessoal, em tese, serviria para o bom funcionamento da máquina pública. Mas assim não ocorreu. Consoante ressaltou Bresser-Pereira, o modelo burocrático não conseguiu ser completamente implementado³⁶. Não que não fosse um

³⁴ Prescrevia o art. 168 da Constituição de 1934: “Art. 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”. (BRASIL. Constituição (1824). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 26 de outubro de 2020

³⁵ Nesse sentido, veja-se o texto do art. 169 da Constituição de 1934: “Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”

³⁶

sistema de gestão administrativa repleto de problemas, como o excesso de formalismo, a pouca flexibilidade e a falta de avaliações dos servidores. Contudo, ele não conseguiu afastar por completo da Administração pública fórmulas patrimonialistas, que continuaram a existir, e agora combinado com um modelo de gestão administrativa burocrático.

Registre-se, por exemplo, que, não obstante as regras de concurso público e a definição de carreiras para os servidores públicos, muitos cargos ainda eram ocupados através de nomeações diretas, especialmente nas entidades da Administração Indireta (como as empresas estatais), as quais foram criadas em sua grande maioria entre os anos 1930 e 1980 como parte de um modelo de ampliação da atuação do Estado em diversos setores da vida em sociedade (especialmente no âmbito econômico³⁷).

Conforma-se, destarte, uma realidade muito particular da Administração pública brasileira, na qual os modelos patrimonialista e burocrático se combinam em uma atuação contra a ideia de eficiência administrativa.

Aconteceu no país um arranjo de interesses bastante complexo. No que concerne aos servidores públicos de carreira, que ingressaram no serviço público através de concurso, esses ganharam peso político e formaram uma classe corporativa importante, a qual, em muitas oportunidades, conseguiu – de modo legítimo, ressalte-se – reivindicar do Estado melhores condições e algumas vantagens.

Essa posição dos servidores, naturalmente, evitou o avanço de eventuais reformas que propugnassem a mudança desse sistema. É o que se observa, por exemplo, em relação à reforma Administrativa do famoso Decreto-lei nº 200/1967, a que muitos atribuem como sendo o primeiro passo rumo à uma administração gerencial no Brasil³⁸.

³⁷ Nesse sentido, observa Alexandre Santos de Aragão: “De 1930 a 1970, o número de empresas estatais brasileiras aumentou de 17 para 131. Na década de 1930, observa-se uma mudança no paradigma agroexportador brasileiro, em razão da crise econômica de 1929, tornando-se necessária a implementação de padrão fundado na produção industrial de bens de consumo não duráveis. Nesse momento, surgem empresas estatais com o objetivo de dar prosseguimento ao processo de acumulação do capital privado. O nacionalismo, associado aos impactos das guerras para o abastecimento do mercado interno e internacional, contribuiu para a expansão das empresas estatais, sobretudo em áreas de abastecimento básico, tais como a Companhia Vale do Rio Doce, a Fábrica Nacional de Motores, a ACESITA, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco. Ainda na década de 1950, a criação da Petrobras e o investimento no setor energético são representativos do crescimento das estatais em setores ditos estratégicos e nos quais os recursos privados eram insuficientes. O aumento do número de empresas estatais se deu principalmente para fornecer bens e serviços necessários ao projeto industrial da época”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 38)

³⁸ Conforme expõe Geraldo Ferreira de Siqueira Junior: “A organização da administração pública brasileira nos moldes que se conhece hoje é consequência das tentativas de modernização do seu aparelho do Estado, principalmente a partir da década de 60 do século XX. Essas tentativas tiveram seu apogeu com a reforma administrativa do regime autoritário¹⁹ ou Decreto-Lei 200 de 1967, colocado como um marco na tentativa

Ao fim e ao cabo, o modelo burocrático passou a ser aliado útil de um movimento de acomodação, porquanto, focado na definição de meios, deixou de se preocupar com os resultados alcançados pela atuação dos servidores. Uma estrutura rígida incapaz de realizar o controle de desempenho dos servidores, pois não constituída para tal desiderato.

1.3. Os concursos públicos e seus dilemas no Brasil

Com efeito, ganha repercussão, no Brasil, a ideia segundo a qual tornar-se servidor público é uma vantagem profissional inigualável, pois, em grande medida, são agentes protegidos contra determinadas intempéries do mercado em geral. Em outras palavras, para alguns indivíduos, torna-se comum o pensamento de que bastava ser aprovado em um concurso público para ganhar a vida – afinal, qualquer cidadão poderia, em tese, ocupar um cargo ou emprego público, segundo o paradigma da impessoalidade.

O concurso público passa a ser visto como uma oportunidade, a despeito, muitas vezes, do cargo a ser disputado e preenchido. Chegou a existir situações – um tanto quanto heterodoxas – em que o indivíduo era admitido em concurso público para o preenchimento de um determinado cargo de posição “subalterna” e, depois, quando já integrava os quadros da Administração (sentido subjetivo), era alçado, por concurso interno ou não, a cargo de natureza mais complexa³⁹.

Daí entra em cena um problema dos próprios concursos públicos no Brasil. Naturalmente impedidos de estabelecer critérios subjetivos de avaliação, os concursos públicos, notadamente em tempos mais recentes, após a Constituição de 1988, passaram

da superação da rigidez burocrática (CHIAVENATO, 2008), podendo ser considerada o primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Este Decreto-Lei se apoiava numa doutrina consistente e definia preceitos claros de organização e funcionamento da máquina administrativa. Na visão de Costa (2008), esse dispositivo legal era uma espécie de lei orgânica da administração pública, fixando princípios, estabelecendo conceitos, balizando estruturas e determinando providências. Bresser-Pereira (1996) vai na mesma esteira e apregoa que o Decreto 200 de 1967 foi o primeiro sinal de administração pública gerencial no Brasil. Segundo o autor, foi a através dele que, para gerir o conjunto de atividades sobre sua responsabilidade, a administração pública brasileira, organizou-se em administração direta e indireta, visando propiciar melhor desempenho para a máquina pública brasileira”. (SIQUEIRA JUNIOR, Geraldo Ferreira. *Sob o véu do modelo gerencial: a implantação de instrumentos de gestão gerencial no IFPE à luz da nova administração pública*. Recife, 2013. 141 f. Dissertação (mestrado) - UFPE, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste, 2013.

³⁹ Veja-se, nesse sentido, que o STF editou Súmula para coibir situações como essa. Trata-se da Súmula STF 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual foi anteriormente investido”.

a ser orientados por critérios puramente objetivos. Por conseguinte, a possibilidade de identificação da qualidade dos concorrentes se reduziu ao máximo.

Sem embargo, esse quadro afeta especialmente os chamados cargos da mais elevada posição do Estado (juízes, promotores, procuradores, fiscais, diplomatas), cujas tarefas exercidas são as mais complexas da burocracia estatal, e são, portanto, de quem se espera a maior qualidade de atuação (e produtividade) no serviço público.

Isso, pois, questiona-se como ser possível, de modo racional, recrutar na sociedade as pessoas mais qualificadas para o exercício de função pública sem conhecer as suas individualidades específicas e de modo impessoal (via concurso público).

Veja-se que, mal comparando, os concursos públicos no Direito brasileiro tiveram o mesmo destino – e problemas – do sistema de contratações públicas de obras e serviços gerais erigido pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993). A preocupação com a forma e a determinação de critérios estritamente objetivos de avaliação passou a se sobrepor ao interesse pelo resultado dos concursos públicos⁴⁰.

Em outras palavras, sob o pretexto de combater privilégios pessoais – pelo que se estabelece cada vez mais critérios objetivos de avaliação –, pouca preocupação passou a haver com a qualidade dos ingressantes no serviço público.

O resultado é facilmente constatável: em grande medida, assim como emergiu uma “indústria da licitação pública”, na qual empresas se beneficiam de um sistema burocrático e mais preocupado com a avaliação de requisitos de participação e menos atento com a possível qualidade dessas empresas, cresceu, no país, uma “indústria do concurso público”, segundo a qual indivíduos (legitimamente, reforça-se) se preparam não para o exercício de uma função pública específica, mas simplesmente para serem aprovados em um concurso público – a despeito, eventualmente, de qualquer aspecto vocacional coincidente com o cargo a ser ocupado.

Nesse cenário, o serviço público (aqui considerado o ambiente institucional onde atuam os servidores públicos em estruturas de carreira) deixou de ser um atrativo por si só; passou a ser, em larga medida, um “mero emprego”. A legitimidade desse modelo não é questionável. De fato, o serviço público, não só no Brasil⁴¹, sendo mais acessível aos

⁴⁰ Cf., sobre o tema das licitações, ROSILHO, André Janjácómo. Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011. 214 f. *Dissertação* (mestrado) – FGV-SP, 2011.

⁴¹ Foi o caso da França a partir do século XIX, no momento em que uma Administração pública começa a ter delineamentos relativamente parecidos com os atuais, como demonstra Éric Gristi (Cf. GRISTI, Éric. *La réforme de l'État*: Vuibert, 2007, p. 52).

indivíduos pela diminuição de privilégios pessoais, torna-se um meio de ascensão social. O problema se reflete em outros aspectos, como eventualmente na produtividade dos servidores, se não existem meios de controle eficientes sobre a atuação dos servidores públicos nos serviços prestados à coletividade.

CAPÍTULO 2 - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1. Preservando um modelo disfuncional

Apesar do desgaste evidente do modelo burocrático, a Constituição de 1988, em sua redação original, não foi capaz de alterar significativamente a situação do funcionalismo público profissional. Pelo contrário: pareceu reforçar, ainda que não intencionalmente, o caráter burocrático e disfuncional do funcionamento da máquina pública – sem perder, ainda, o caráter patrimonialista, como bem ponderou Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O patrimonialismo na gestão da coisa pública; o personalismo na Administração Pública; o mandonismo na prática dos governos; o familiarismo no provimento dos cargos que teriam que ser públicos (e o são na nomenclatura legal), mas que são particularmente, fraternal ou amistosamente, guardados; todos os fatores, enfim, que tornam a res que deveria ser pública, tão pouco do povo substancialmente, impessoalmente, respeitosamente tratado, ainda estão presentes na prática administrativa brasileira⁴².

De toda sorte, o elemento jurídico que melhor demonstra a permanência de um modelo eminentemente burocrático é a definição, prevista na redação original do artigo 39 do Texto Constitucional, de um regime único dos servidores públicos. Isso significou, em breve síntese, atribuir a todas as carreiras públicas, malgrado suas grandes diferenças, os mesmos contornos jurídicos.

Por exemplo, todos os agentes públicos investidos em cargos públicos de provimento efetivo⁴³, a despeito de qualquer função realizada dentro da máquina estatal, passaram a ser destinatários do direito de estabilidade, o que significou que só poderiam perder suas posições em virtude de decisão judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo no qual lhe fosse assegurado ampla defesa.

⁴² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e “res publica” no Brasil. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 231

⁴³ Consoante anota Celso Antônio Bandeira de Mello: “Os cargos de provimento *efetivo* são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 317).

A Constituição, sem embargo, mesmo tratando de forma minuciosa o capítulo dedicado aos servidores, nada falava sobre análise de desempenho e produtividade desses agentes públicos de vínculos profissionais com o Estado.

2.2 A reforma administrativa dos anos 1990

A partir de meados da década de 1990, uma nova dinâmica econômica e social passa a ser observada no mundo. Exige-se do Poder Público, nesse novo contexto, uma nova maneira de atuar, mais ágil e mais aberta. Emerge, destarte, um debate sobre a necessidade de reforma administrativa no Brasil, tendo-se em mira, essencialmente, o aumento da eficiência da burocracia estatal.

Naturalmente, o programa de reforma da máquina pública brasileira ia muito além de meras mudanças no modelo de gestão – burocrático para gerencial – da Administração. Englobava, ainda, questões como um novo perfil de regulação estatal⁴⁴, parcerias público-privadas (em sentido amplo⁴⁵), etc.

Mas importa aqui tratar das mudanças no setor de pessoal, nos termos da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Em primeiro lugar, retirou-se do ordenamento o aludido regime único dos servidores públicos. Tratava-se, em suma, de uma tentativa de conferir à Administração pública uma maior flexibilidade na contratação de pessoal. A proposta fazia sentido sobretudo considerando o momento em que novas entidades administrativas, como as agências reguladoras independentes⁴⁶, estavam sendo criadas e estruturadas.

Ademais, para determinados cargos de determinadas carreiras, admitir-se-ia um novo regime de vínculo (de emprego, nos termos da legislação trabalhista comum, diferente, portanto, do regime de cargos públicos, os quais estabelecem entre o Poder Público e o servidor uma relação específica, de natureza estatutária⁴⁷) com o Estado.

⁴⁴ Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 305 e ss; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Económico*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, p. 75.

⁴⁵ Vide, nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28

⁴⁶ Sobre o tema, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Económico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 264.

⁴⁷ O regime estatutário é, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aquele “estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes

Mais um ponto propugnado pela reforma constitucional merece especial destaque em relação ao setor de pessoal: a preocupação maior com a qualidade dos servidores públicos. Nesse sentido, introduziu-se aos parágrafos do artigo 39 alguns dispositivos relevantes que demonstram a intenção de melhor definir as carreiras públicas dentro da estrutura do Estado.

No § 1º, estabeleceu-se que a fixação de padrões de vencimento passaria a respeitar: i) a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; ii) os requisitos para a investidura; e iii) as peculiaridades dos cargos.

Com efeito, definiu-se que os servidores investidos em cargos que compõem as carreiras mais fundamentais do Estado (magistratura, diplomacia, promotoria, administração tributária, entre outras⁴⁸), em razão dos fatores mencionados nos itens, deveriam ter padrões de remuneração correspondentes – o que significa, em outras palavras, maior remuneração em comparação a outras carreiras públicas, como servidores administrativos dos Poderes Judiciário e Legislativo, por exemplo.

Em seguida, o § 2º do precitado artigo 39 da Constituição obriga a União, os Estados e o Distrito Federal a manter escola de servidores para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos. O dispositivo ainda acrescenta que a participação dos servidores nesses cursos constitui requisito para eventual promoção na carreira.

Em outra banda, o Constituinte reformador ainda elencou, como hipótese de perda de cargo do servidor público estável, além das duas mencionadas anteriormente – processo administrativo disciplinar e sentença judicial transitado em julgado – o procedimento de avaliação periódica de desempenho, a ser definido mediante lei complementar, sendo garantida, em todo caso, a ampla defesa do servidor avaliado (art. 41, § 1º, III CF).

Aumentou, ademais, de dois para três anos, o período necessário para que o servidor público detentor de cargo de provimento efetivo adquira o direito de estabilidade (art. 41, *caput*, CF) – que ainda só será definido após obrigatória avaliação especial de desempenho por comissão instituída para tal finalidade (art. 41, § 5º, CF).

por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 559).

⁴⁸ E aqui não se fala que essas carreiras são “carreiras de Estado”, pois essa é uma discussão menos importante no contexto ora apresentado.

2.2.1. Os impasses da Reforma dos recursos humanos do Estado

No entanto, não obstante a boa intenção legislativa, alguns problemas surgiram no meio do caminho que impediram uma transformação mais ampla no que concerne à produtividade do setor público brasileiro.

O primeiro foi que o fim do regime jurídico único dos servidores foi, cautelarmente, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn 2135), em razão de vício na tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (inconstitucionalidade formal)⁴⁹.

Sendo assim, voltou a vigor o texto original do art. 39, *caput*, da Constituição de 1988, que novamente impediu a diversidade de regimes de pessoal no interior da mesma entidade federativa. Com efeito, caso o regime de pessoal de um Estado fosse o de cargo (como na maioria dos casos), todas as pessoas de direito público (autarquias e agências

⁴⁹ Ementa: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APECIAÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido” (ADI 2135-4/DF. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Redator(a) do acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38, IV,b, do RISTF). DJe: 02/08/2007).

reguladoras, por exemplo) a ele vinculados eram obrigadas a contratar agentes com base em tal regime.

Um segundo problema foi que a Lei Complementar de que trata o art. 41, § 1º, III da Constituição jamais foi editada, impedindo, na prática, que análises desempenhos fossem levadas a efeito – com exceção daquela realizada para o momento de aquisição de estabilidade.

Por fim, em relação à capacitação dos servidores pelas escolas de formação e aperfeiçoamento, observa-se que foi uma aposta interessante, mas de execução complexa de ser realizada, considerando, sobretudo, as carreiras públicas do mais alto escalão do Estado brasileiro.

Isso, pois não se resolveu uma questão anterior, que é a capacidade de se aferir, afinal, se os ingressantes nessas carreiras públicas, após já aprovados nos respectivos concursos, são efetivamente aptos (condição subjetiva, portanto) para o exercício inicial de tarefas de um cargo que, por sua própria natureza, exige enorme responsabilidade. Em tese, posterga-se essa avaliação para o momento da aquisição de estabilidade (ou vitaliciedade, conforme o caso dos magistrados e membros do Ministério Público).

Dois são os apontamentos aqui: o primeiro vai ao encontro do que se disse acima em relação ao modo como são realizados os concursos públicos no Brasil.

Na prática, com regras estritamente objetivas, as provas em si não têm o condão de avaliar candidatos aptos para logo exercerem os cargos em disputa. São exames, em regra, que apenas avaliam quem se prepara para eles, não para o cargo público pleiteado.

Grosso modo, as provas são generalistas, concentradas em matérias comuns a determinadas áreas e direcionadas a públicos específicos (nos casos de procuradores, promotores e magistrados, por exemplo, candidatos graduados em Direito).

O segundo é que as escolas de formação e aperfeiçoamento, quando são efetivamente instaladas, muitas vezes apenas oferecem cursos quando os indivíduos já estão exercendo efetivamente seus cargos. Há menos preocupação, portanto, com a preparação básica dos candidatos para o efetivo exercício das funções atinentes ao cargo.

Essa última constatação é o ponto fulcral do presente texto: a condição dos ingressantes das carreiras públicas essenciais desempenharem tarefas das mais elevadas complexidades.

Em alguma medida, o atual sistema da maioria dos processos de ingresso para as carreiras públicas do Estado, notadamente os concursos de acesso aos cargos da mais elevada posição na estrutura estatal (promotoria, procuradoria, magistratura, carreiras

fiscais) – a exceção mais evidente é o processo de ingresso na carreira diplomática conduzido pelo Instituto Rio Branco, no qual os candidatos aprovados no concurso devem passar pelo rigoroso curso de formação, para, somente depois, se admitidos na avaliação do curso, exercerem a função de diplomatas⁵⁰ – contribui para a atual crise de produtividade do setor público brasileiro.

A propósito, vale uma menção, a título de comparação, ao regime instalado para o acesso dos cargos do Estado em um país que historicamente foi referência para o Brasil (sobretudo em matéria de Direito Público⁵¹): a França.

CAPÍTULO 3 – O EXEMPLO FRANCÊS: LEVANDO A SÉRIO FORMAÇÃO DOS SERVIDORES ESTATAIS

A França é, sem dúvidas, um dos países que mais se preocupam com a qualidade e formação dos indivíduos que ocupam – e ocuparão – os cargos na burocracia, notadamente os da mais elevada posição do Estado. São vários os fatores que contribuem para essa marca francesa, que vão desde o aspecto político, passando pelo cultural, até o arranjo institucional do país.

3.1. Do século XIX à Segunda Guerra Mundial

A busca francesa em ter pessoas teoricamente bem preparadas para o exercício de funções públicas do mais alto escalão do Estado remonta ao século XIX. Como explica Éric Gristi, a partir dos anos 1840 do século XIX, avança a tese de que um ensino de ciências relacionadas aos negócios públicos é o ponto de partida para uma boa organização dos funcionários públicos⁵².

Na sequência, lembra o autor que Alexandre-François Vivien apontou para a necessidade de o Estado criar uma escola geral de Administração para garantir a formação de seus executivos⁵³.

⁵⁰ Em consulta ao sítio eletrônico do Instituto Rio Branco, lê-se sobre a história do órgão: “A publicação do Decreto-Lei nº 9.032, em 6 de março de 1946, traria finalmente para a esfera do Instituto a realização de concurso de provas e a seleção entre candidatos aprovados nos exames finais do Curso de Preparação à Carreira de Diplomata (CPCD) para o ingresso na carreira diplomática. Ademais do CPCD, o decreto-lei instituía o Curso de Aperfeiçoamento de Diplomatas (CAD) e competia-o também ao Instituto, inicialmente obrigatório para o diplomata em primeira remoção para o exterior” (<http://www.institutoriobranco.itamaraty.gov.br/historia>. Acesso em 29 de outubro de 2020).

⁵¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. A francofonia e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídicas. In: Fernando Menezes de Almeida; Marina Fontão Zago. (Org.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v., p. 433-449

⁵² GRISTI, Éric. *La réforme de l'État*: Vuibert, 2007, p. 55

⁵³ GRISTI, Éric. *La réforme de l'État*: Vuibert, 2007, p. 55

No período da Terceira República Francesa (1870-1940), o debate sobre reformas administrativas do setor público e a qualidade dos servidores se intensificou. De fato, fazia algum sentido, pois a França viveu, nesse momento de sua história, sob constante turbulência no campo político, a exigir dos servidores do Estado maior comprometimento com a coisa pública, ou seja, com o próprio funcionamento do Estado, independentemente de quem ocupasse as posições políticas de comando.

Ademais disso, amplia-se as pressões do Conselho de Estado Francês sobre a gestão administrativa dos serviços públicos pelos funcionários públicos de modo autônomo em relação ao Executivo. Nesse ponto, vale pontuar as palavras de Caio Tácito sobre a transformação por que passou o Conselho de Estado Francês:

Somente com a lei de 24 de maio de 1872 nasceu, de modo efetivo, a atividade jurisdicional do Conselho de Estado que, sobretudo a partir da decisão do caso Cadot (1889), pelo qual cessou a existência do *ministre juge*, tornou-se o juiz de direito comum em matéria administrativa (sistema da *justice déléguée*)⁵⁴.

Avançando o relógio da História, em 1936, o governo apresentou um projeto visando criar uma escola de administração destinada a formar “altos funcionários” do Estado. O ano em questão chama atenção, porque é justamente quando assume como Primeiro-Ministro o político Léon Blum, que, como lembra o historiador Tony Judt, desde os anos 1910, depois de ter sido funcionário do Conselho de Estado, chamava a atenção para a urgência de uma reforma administrativa na França⁵⁵.

3.2. Um novo Estado francês e a École Nationale d'Administration (ENA)

Malgrado a histórica preocupação dos franceses na formação dos ocupantes dos cargos mais elevados da estrutura do Estado, a verdade é que, até 1945, não havia sido implementado pelo Poder Público um modelo definido de educação orientada daqueles indivíduos que iriam exercer funções públicas. No mais das vezes, os cargos eram ocupados por indivíduos financeiramente privilegiados que tinham recursos para ingressar em escolas particulares que os preparavam para os respectivos concursos.

Como aponta Pierre Racine: “(...) não existia escola do Estado alguma para prover a formação dos jovens que se destinavam ao serviço público, fora os grandes corpos de

⁵⁴ TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, abr. 1954. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859/12760>>. Acesso em: 30 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v36.1954.13859>.

⁵⁵ JUDT, Tony. *O peso da responsabilidade*: Blum, Camus, Aron e o século XX francês. (tradução Otacílio Nunes). 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, p. 79

técnicos, do exército e do Ultramar”⁵⁶. O autor ainda destaca os problemas desse modelo, dentre os quais a falta de homogeneidade do recrutamento, origem social semelhante dos recrutados e a excessiva especialização dos respectivos concursos⁵⁷.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, um novo Estado francês, com uma nova burocracia de funcionários públicos, deveria ser criado.

Aproveitando essa oportunidade, a decisão fundamental do Governo provisório foi, através da *Ordonnance du 9 octobre 1945*, criar a *École Nationale d'Administration* (ENA), entidade ligada ao Primeiro-Ministro. O objetivo era atribuir ao Estado a responsabilidade pelo recrutamento e pela formação inicial dos altos funcionários públicos franceses.

Esse modelo de acesso aos cargos públicos na França se sustenta relativamente nessas bases até os dias atuais – e agora também abrange a formação para a ocupação de cargos de destaque no âmbito da União Europeia.

Sem embargo, quem deseja ser agente do alto escalão da máquina pública francesa (magistraturas, diplomacia, entre outras) deve ser admitido para ingresso na ENA, onde receberá formação ampla sobre as matérias mais relevantes à Administração – economia, direito público, relações internacionais, ciências sociais, etc. –, para, somente depois de anos de frequência no curso, exercer um cargo público de alta relevância no Estado francês.

Como bem explica o precitado Pierre Racine:

Os princípios que formam a base da reforma de 1945 foram sempre firmemente mantidos: unidade de recrutamento para a alta função pública, exigência para o ingresso de uma boa cultura geral e de sólidos conhecimentos técnicos, formação em comum pela Escola, lotação dos alunos pelos diferentes órgãos e ministérios em função de sua classificação ao final do período letivo.⁵⁸

É importante ressaltar, ainda, que, nesse modelo, para determinados cargos que exigem conhecimentos em Direito, como, por exemplo, os magistrados da Justiça Administrativa, os indivíduos não necessariamente precisam ser formados em Direito.

Preza-se, com efeito, por um modelo mais aberto e menos restritivo em relação à formação individual dos agentes, pois o curso preparatório da ENA tem elevado grau de

⁵⁶ RACINE, Pierre. A Escola Nacional de Administração (França) e sua evolução. (tradução de Marcos Henrique Cortes). *Revista do Serviço Público*, Brasília, 109 (1), jan./mar., 1974.

⁵⁷ RACINE, Pierre. A Escola Nacional de Administração (França) e sua evolução. (tradução de Marcos Henrique Cortes). *Revista do Serviço Público*, Brasília, 109 (1), jan./mar., 1974

⁵⁸ RACINE, Pierre. A Escola Nacional de Administração (França) e sua evolução. (tradução de Marcos Henrique Cortes). *Revista do Serviço Público*, Brasília, 109 (1), jan./mar., 1974.

multidisciplinariedade, abrangendo instruções de várias áreas do conhecimento, que devem ser compreendidas para o exercício de funções públicas tão relevantes.

Trata-se, portanto, de uma diferença importante em relação ao modelo geral adotado no Brasil – embora muito parecido com o que se tem, hoje, para o ingresso na carreira diplomática brasileira⁵⁹.

No Brasil, de modo geral, os indivíduos que são aprovados em concurso público, embora tenham que eventualmente realizar um breve curso preparatório específico de uma dada carreira (como existe nos casos da Magistratura de primeiro grau e da promotoria, sob condução das escolas das respectivas carreiras), já se encontram investidos nos cargos respectivos, e não precisam passar, até pelo menos o momento da aquisição de estabilidade ou vitaliciedade, por uma avaliação de preparo efetivo para o exercício das obrigações atinentes ao cargo.

Ademais, adota-se um modelo mais restrito, no qual determinados cargos, sobretudo os de atribuições eminentemente jurídicas (magistratura, promotorias, procuradorias), são ocupados apenas por agentes formados em determinado campo do conhecimento, a impedir uma diversidade maior entre os agentes nas carreiras públicas.

4. CONCLUSÃO

O setor público no Brasil precisa ser reinventado. Aumentar a produtividade do setor é o desafio mais emergente. Sem embargo, aumentar a produtividade significa, em grande medida, preocupar-se ainda mais com a qualidade dos ingressantes no serviço público, sobretudo diante de um cenário de aumento da complexidade das tarefas públicas.

Para ficar em um exemplo simplório, veja-se as novas disposições da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) quanto às tarefas dos agentes que atuam em atividades de controle da Administração Pública.

Certamente, o cumprimento de determinados ônus argumentativos enfatizados pela novel legislação só pode ser realizado por agentes devidamente preparados – o que não tem sido possível pelo atual modelo. É inconcebível, por exemplo, que um juiz ou

⁵⁹ De modo resumido, na carreira diplomática brasileira, inicialmente, dá-se o Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD). A aprovação no CACD habilita os indivíduos a se matricularem no Curso de Formação de Diplomatas do Instituto Rio Branco.

um membro do Ministério Público desconheça completamente temas relacionados à regulação pública ou ao funcionamento básico da Administração pública.

Mas a situação não surpreende, pois os concursos públicos não avaliam essas questões e os agentes ingressantes não são devidamente instruídos, antes de iniciar as funções do cargo, para lidar com matérias tão complexas. O resultado é um ambiente de controle da Administração pública um tanto inseguro.

Quando se fala do exemplo francês, dá-se apenas uma referência de um modelo que apresentou resultados positivos concretos ao longo do tempo. As diferenças institucionais entre Brasil e França, evidentemente, impedem a adoção de um modelo completamente igual. Sabe-se que, em muitos casos, há no Brasil grande necessidade de logo se preencher determinados cargos públicos e colocar logo os agentes em exercício.

De todo modo, a ideia de melhor preparação desses agentes para o efetivo exercício de cargos públicos, notadamente os da mais elevada posição na estrutura estatal, através de escolas de formação que ministrariam cursos com as mais diversificadas disciplinas do conhecimento, nos moldes do Instituto Rio Branco na carreira diplomática, parece ser interessante, e deve ser visto como opção para o aumento da capacidade e da produtividade do setor público brasileiro.

Dada a impossibilidade da unificação dos cursos de formação, competiria às escolas de formação de cada uma das carreiras públicas o preparo inicial, rigorosamente articulado e organizado, dos ingressantes nos quadros do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: ENAP, 1997. (Cadernos ENAP, 10).

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, n. 3, p. 104-132, set./dez. 1997

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016

BRASIL. *Decreto no 687, de 26 de julho de 1850*. Estabelece regras sobre as nomeações, remoções, e vencimentos dos Juizes de Direito. *Coleção das leis do Império do Brasil*.

Rio de Janeiro, 1851. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Constituição (1824). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 26 de outubro de 2020

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7 a 26, jan. 2000. ISSN 1982-3134. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289/4880>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

_____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 63-72, out./dez. 2007.

COSTA, Ana Carla Abrão; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Hora de reformar o RH do Estado. *Estado de São Paulo*. São Paulo, 04 de nov. de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,hora-de-reformar-o-rh-do-estado,70002583603>>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Tratado de Direito Administrativo - Administração Pública e Servidores Públicos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. v. 1

_____. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013).

GRISTI, Éric. *La réforme de l'État*: Vuibert, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RACINE, Pierre. A Escola Nacional de Administração (França) e sua evolução. (tradução de Marcos Henrique Cortes). *Revista do Serviço Público*, Brasília, 109 (1), jan./mar., 1974

JUDT, Tony. *O peso da responsabilidade: Blum, Camus, Aron e o século XX francês*. (tradução Otacílio Nunes). 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

JUNIOR, Olavo Brasil de Lima. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 49, n. 2, p. p. 5-31, 2014. DOI:

10.21874/rsp.v49i2.364. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/364>. Acesso em: 29 out. 2020.

JÚNIOR, J. C. C.; NOGUEIRA, R. P. Ocupação no setor público brasileiro: tendências recentes e questões em aberto. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 62, n. 3, p. p. 237-260, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v62i3.71. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/71>. Acesso em: 29 out. 2020

MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben, 2020, e-book Kindle.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A Nova Regulação Estatal e as Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2006.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. A francofonia e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídicas. In: Fernando Menezes de Almeida; Marina Fontão Zago. (Org.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 17, n. 41, p. página inicial-página final, abr./ jun. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10485/16652>. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos Agentes Públicos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 17, n. 2, p. 141-183, jul./ set. 2003.

_____. É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil? Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da Constituição de 1988. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

NETO, Pedro Thomé de Arruda. Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamentos de uma nova administração pública constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 133-158, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8050>>. Acesso em: 26 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8050>.)

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

RACINE, Pierre. A Escola Nacional de Administração (França) e sua evolução. (tradução de Marcos Henrique Cortes). *Revista do Serviço Público*, Brasília, 109 (1), jan./mar., 1974.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1968 (reimpr. do texto original de 1861), p. 181 e ss.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e “res publica” no Brasil. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

ROSILHO, André Janjácómo. *Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas*. 2011. 214 f. Dissertação (mestrado) – FGV-SP, 2011.

SIQUEIRA JUNIOR, Geraldo Ferreira. *Sob o véu do modelo gerencial: a implantação de instrumentos de gestão gerencial no IFPE à luz da nova administração pública*. Recife, 2013. 141 f. Dissertação (mestrado) - UFPE, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste, 2013.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA, Nelson Mello e. Reforma administrativa no Brasil: um debate interminável. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 54 a 70, mai. 1994. ISSN 1982-3134. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8513/7256>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, abr. 1954. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859/12760>>. Acesso em: 30 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v36.1954.13859>.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1862.

Série sbdp
Direito Público dos
Recursos Humanos
Vol. 1

VÍNCULOS PÚBLICOS E FORMAS DE SELEÇÃO

Diagnósticos jurídicos para a
modernização do RH do Estado

Organização:
Carlos Ari Sundfeld
Conrado Tristão



Núcleo de **Inovação** da
Função Pública - sbdp