

EMENTA: ATIVIDADES EXCLUSIVAS DE ESTADO. GARANTIAS ESPECIAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 247. REGULAMENTAÇÃO CRITERIOSA. PROTEÇÃO INTERTEMPORAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. INDISPENSÁVEIS PRERROGATIVAS SUGERIDAS.

Honra-me o FONACATE com a Consulta sobre o regime jurídico mais apropriado para o desempenho de atividades consideradas exclusivas de Estado. Com efeito, a matéria remanesce sem a imprescindível disciplina infraconstitucional, nos termos do art. 247, da Carta Federal, que demanda, para efeitos das regras previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169, o ponderado estabelecimento de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que desenvolva atividades estatais exclusivas e, por definição, indelegáveis.

Antes de examinar o núcleo propriamente de requeridas garantias especiais (independência efetiva, ausência de subordinação hierárquica à esfera política, mandatos fixos de dirigentes, real autonomia financeira, desvinculação partidária, responsabilização civil em regressiva e apenas nos casos de dolo ou fraude, regras estritas de “compliance” de anticorrupção), impende realçar a filosofia norteadora do pleno fortalecimento

de instituições estratégicas de Estado. Trata-se de manifesta prioridade para que o sistema jurídico encontre previsibilidade, confiança, adaptabilidade e moralidade sistêmica.

As Carreiras de Estado, isto é, aquelas que desempenham *atividades estatais indelegáveis e não-terceirizáveis, são reputadas essenciais, eis que intrinsecamente direcionadas ao funcionamento do Estado Constitucional, e demandam, mercê disso, o adequado regime peculiar de blindagem contra instabilidades mercuriais e volatilidades inerentes às políticas conjunturais de curto prazo, as quais, não raro, sob pretextos variados, negligenciam e afrontam o cerne dos princípios constitucionais, quando não cedem simplesmente às capturas de grupos especiais de “rent-seeking”.*

Induvidoso que inexiste a mais remota chance de alcançar o desenvolvimento duradouro sem a presença tangível de instituições sólidas, robustas e intertemporalmente consistentes, manejadas por agentes independentes e desassombrados, operando numa arquitetura apta a neutralizar a subordinação indevida aos interesses subalternos de agentes políticos, às vezes enviesados por desígnios plutocráticos.

Não por acaso, a primazia do direito fundamental à boa administração, em sintonia com diretrizes assentadas do “New Public Service” e com avanços científicos sobre gestão pública, ostenta umbilical vínculo com o robustecimento de Carreiras exclusivas de Estado, não propriamente “governativas”,¹ de ordem

¹ Vide Juarez Freitas in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª ed., São Paulo: Malheiros

a resistir às insinuantes e sedutoras falhas de mercado (v.g.: assimetrias de informação, abuso do poder dominante, tragédia dos bens comuns e externalidades negativas) e às não menos insidiosas falhas de governo (v.g.: patrimonialismo extrativista, improbidade como método, expansivismo fiscal crônico, otimismo excessivo e desconto hiperbólico do futuro).

De fato, a continuidade e a responsividade das políticas públicas, acima de episódicos movimentos governamentais (por melhores que sejam), situam-se entre as maiores premências, ao menos se se quiser obter o desenvolvimento sustentável, moralmente limpo e inclusivo.

Para ilustrar o ponto, não se mostra razoável e compatível a versão primeira do projeto de lei complementar que permite exonerar o servidor estável, com base na insuficiência de desempenho, sob o influxo de chefias políticas e de forma avaliativa colidente com a contemporânea ciência de administração.² Na prática, ainda que se sem dolo, introduz-se, com estridente violação à segurança jurídica, verdadeira espada de ingerência política, a título de avaliação de desempenho, na contramão de recentes comprovações científicas que reprovam a técnica de inspirar temor para aprimorar performances. Quer dizer, sob o signo de avaliação, o que se verifica, na versão inicial do projeto aludido, é

Editores, 2014. Para cotejo, vide, sobre mudanças conceituais em curso na esfera administrativista, Sabino Cassese in “Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo” in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 54, 2004, pp. 901-912.

² Vide PLS 116/2017.

tentativa pura e simples de ameaçar³ a independência de servidores efetivos. Mais grave é que essa ameaça incide sobre parcela expressiva das Carreiras exclusivas de Estado.

Ora, por maior que se apresente a tentação de arautos da anacrônica discricionariedade pura (=autoritarismo arbitrário), existem determinadas atividades estatais exclusivas que não podem ser prestadas com a mínima eficácia, salvo se protegidas por meio de garantias qualificadas. Os agentes efetivos e exclusivos de Estado somente deveriam responder (civil, administrativa e regressivamente), em casos de dolo ou fraude, afastada a hipótese de singela culpa.⁴

Pode parecer privilégio. Mas não é. Tal garantia basilar não impede o combate à desídia e a outras patologias comportamentais em processos administrativos disciplinares, mas exige, para efeitos da eventual sanção, a prova cabal da intenção de errar e de persistir no erro. É que os ocupantes de Carreiras exclusivas de Estado, sem prejuízo dos deveres de aprendizagem contínua, não podem restar expostos ao

³ Vide, sobre o grave erro científico de supor que a cultura da ameaça, em avaliação de desempenho, possa aumentar a produtividade, David Rock in “A ciência da produtividade”, em artigo de Aline Scherer, Exame de 20 de junho de 2017, p. 84: “Nossas pesquisas sugerem que dar uma nota ao desempenho e colocar o funcionário num ranking desencadeia uma reação negativa que torna as pessoas menos colaborativas e menos dispostas a inovar.” Vide, para aprofundar o tema, David Rock in *Your Brain at Work*. NY: HarperCollins, 2009.

⁴ É o que já ocorre, no atual CPC, em relação aos juizes, membros do Ministério Público, advogados públicos e defensores públicos. Aqui, propõe-se alastrar normativamente a garantia para a totalidade das Carreiras exclusivas de Estado.

cadinho de perseguições ideológicas e de interesses secundários, sob pena de periclitarem o Estado Democrático e a independência dos agentes estatais que constituem o núcleo da implementação estatal.

A propósito, o assinalado já se aplica corretamente em relação aos membros das Carreiras da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Pública e dos Defensores Públicos, no âmbito da legislação processual civil (CPC, arts. 143, 181, 184 e 187), dado que se reconhece que as respectivas performances têm que estar imantadas pela primazia de princípios constitucionais, não do temor disfuncional, menos ainda da simplista eficiência de mercado.⁵

Naturalmente, o mesmo se pode asseverar sobre as Carreiras de Estado como um todo. A regulamentação do art. 247 da Constituição é, assim, excelente oportunidade para cristalizar essa orientação. Não faz o menor sentido que os agentes exclusivos de Estado possam perder o cargo por enxugamento de despesas com pessoal, ativo e inativo ou em processos administrativos disciplinares que apurem a mera modalidade culposa.

São Carreiras, por definição, vitais ao funcionamento do aparato estatal. Dessa maneira, ao se efetuar a avaliação de desempenho ou o diagnóstico sobre o enxugamento de pessoal (nos moldes previstos do art. 169, da CF), o correto é sequer cogitar de que

⁵ Vide, para crítica científica à hipótese da mera eficiência de mercado, Andrew Lo in *Adaptive Markets*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

cortes impensados possam recair sobre Carreiras Exclusivas de Estado. Não se pode desestabilizá-las a esse ponto, sem imensas externalidades negativas, que as fazem perder o foco na resistência aos desvios corriqueiros da política tradicional.

Não se trata de corporativismo, senão que de vitalismo institucional, na defesa de funções-chave do Poder Público. Afinal, se perecerem as vigas mestras, o Estado fragilizado resultará irremediavelmente vulnerável à vasta gama de influências não-universalizáveis, como demonstram, à saciedade, as operações investigatórias em curso.

Nessa ótica, sistematicamente interpretado o art. 169, da CF, este autoriza a possibilidade de exonerar aqueles que forem ocupantes de cargos em comissão e de funções de confiança, com a subsequente exoneração dos servidores não-estáveis. Se tais medidas não forem suficientes, podem ser alcançados os estáveis, desde que (a) com motivação explícita, clara e congruente e (b) sem alcançar aqueles agentes estáveis qualificados pela essencialidade de atribuições exclusivas.

Importa consignar a exigência incontornável, em qualquer hipótese, da motivação suficiente para lastrear a exoneração daqueles que desempenham atividades revestidas de estabilidade (garantia da sociedade, não propriamente do servidor). Quer dizer, inclusive para o cumprimento da Emenda Constitucional 95/2016, eventuais ajustes de gastos públicos não podem ser direcionados aos servidores efetivos, imotivadamente e sem discernimento. Enxuguem-se, em vez disso,

subsídios e renúncias fiscais, cuja revisão precisa, à força da lógica, anteceder o enxugamento dos gastos de pessoal, embora também exija motivação explícita.

Fora de dúvida, os agentes efetivos e típicos de Estado, sem que se confundam com os agentes políticos transitórios, não podem ser presas fáceis, reais ou em potencial, das malhas do impulsivismo, com danos estruturais à implementação de políticas públicas, entendidas como prioridades constitucionais vinculantes. De mais a mais, deontologicamente, os cortes discricionários têm que necessariamente anteceder os cortes em despesas obrigatórias.

Fundamental, portanto, resguardar o arcabouço de condições, objetivas e subjetivas, para o zeloso cumprimento de deveres prestacionais dos agentes efetivos de Estado, o que pressupõe a intangibilidade e a indelegabilidade de funções estatais exclusivas (para além de discussões bizantinas sobre o tamanho do Estado e o grau de sua intervenção na arena econômica).

É raro consenso que a eficácia direta dos direitos fundamentais, nas suas múltiplas dimensões, e a proteção intertemporal da continuidade de políticas públicas requerem independência e autonomia de implementadores contra apelos facciosos,⁶ sobretudo no presidencialismo de hiperinflacionada concentração unipessoal das Chefias de Estado e de Governo.

⁶ Vide Douglas North in *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p.3: “Institutions are rules of the game in a society (...) They are a guide to human interaction.”

Não se trata - convém sublinhar - de viés corporativista ou de fuga da austeridade fiscal. Ao revés. Intenta-se, com vigor, manter intacta a relevância estratégica de confiáveis instituições democráticas, com demonstrada vocação para promover o desenvolvimento duradouro.

Nesse prisma, uma regulamentação consistente do art. 247, da Constituição Federal, blinda atividades exclusivas de Estado, com o fito de concretizar a imparcialidade, a eficiência, a eficácia e a probidade. Desse modo, com afinado engajamento em face das transformações paradigmáticas do Direito Administrativo, força impedir que o futuro diploma regulamentador patrocine retrocesso. É crucial edificar o “novo serviço público”,⁷ centrado na cidadania ativa e na racionalidade de políticas republicanas, motivo pelo qual o ordenamento precisa se mostrar apto a assegurar, às Carreiras exclusivas de Estado, determinadas garantias fundamentais, a saber:

(a) independência administrativa e financeira;

(b) ausência de subordinação hierárquica aos ocupantes de cargos político-partidários;

⁷Vide Janet V Denhardt e Robert B. Denhardt in *The New Public Service*. Routledge, 2016. Vide, ainda, Sabino Cassese in “As Transformações do Direito Administrativo dos séculos XIX ao XXI”, *Revista Interesse Público*, 24, 2004.

(c) estabilidade qualificada (ou vitaliciedade, nas hipóteses constitucionais expressas) e mandato dos dirigentes;

(d) garantia expressa contra enxugamentos de pessoal, com base no art. 169, da CF;

(e) imparcialidade no cumprimento de programas de Estado, com explícita e congruente motivação de suas decisões;

(f) resolução administrativa de conflitos e atribuição de celebrar ajustes liquidamente benéficos (acordos, termos de ajustamento e de compromisso, assim por diante), com a responsabilização civil, criminal e administrativa excluída nas modalidades culposas, em se tratando de soluções extrajudiciais que não acarretarem vantagens indevidas, a si ou a terceiros⁸;

(g) previdência protegida pelo Tesouro;

(h) direito de ser julgado, em processos administrativos disciplinares, pelos pares efetivos e estáveis, com o amplo contraditório e a defesa técnica, além de Corregedoria específica;

(i) manutenção do poder aquisitivo da remuneração ou do subsídio, com revisões anuais obrigatórias;

(j) deferência, em sentido amplo, com especial proteção à integridade física e moral.

⁸ Vide art. 40, da Lei 13.140/2015.

(k) direito de apenas ser civil e regressivamente responsabilizado nos casos de dolo ou fraude no exercício das funções.

À luz desses parâmetros, desdobra-se uma proposta-base de disciplina regulamentadora do art. 247, da CF⁹, nas linhas que seguem:

(I) Para efeitos do disposto no art. 247 da Constituição Federal, as atividades consideradas exclusivas de Estado são aquelas essenciais à consecução e à continuidade da implementação de políticas públicas, exercidas por agentes públicos investidos em cargos efetivos, que desempenham atividades indelegáveis e não-terceirizáveis, com independência, imparcialidade, autonomia e ausência de subordinação hierárquica à esfera político-partidária.

(II) Os agentes públicos, ocupantes de cargos efetivos nas Carreiras exclusivas de Estado, não podem guardar vínculo temporário ou transitório, nem regência celetista, uma vez que integram o núcleo estratégico e desempenham atividades intransferíveis à iniciativa privada ou a agentes que não forem membros das aludidas Carreiras.

(III) São Carreiras típicas de Estado aquelas relacionadas às atividades-fim de jurisdição, legislação e

⁹ Vide, para cotejo, o PL 3351/2012, no Congresso Nacional. Vide, ainda, Proposta de Emenda à Constituição n° 210, de 2007.

ministério público, advocacia pública, defensoria pública, regulação, administração tributária e controles interno e externo, diplomacia, segurança pública, inteligência e defesa, fiscalização do trabalho e gestão estratégica das ações governamentais.

(IV) O agente público que exercer atividade exclusiva de Estado terá, sem prejuízo do disposto nos respectivos estatutos de regência, as seguintes prerrogativas:

(a) Independência administrativa e financeira, autonomia, liberdade de expressão técnica, indelegabilidade e vedação da terceirização de suas atribuições finalísticas.

(b) Ausência de subordinação hierárquica aos ocupantes de cargos políticos, sem prejuízo dos deveres de cooperação e da vedação expressa de que o ocupante de cargo de Carreira exclusiva de Estado participe de direção político-partidária.

(c) Vitaliciedade ou estabilidade qualificada, conforme o caso, não se lhes aplicando a hipótese do enxugamento que figura no §4º do art. 169, da Constituição Federal.

(d) Mandato dos dirigentes, selecionados entre os membros da Carreira respectiva.

(e) Avaliação de desempenho, prevista no art.41, da CF, com a garantia de que a demissão só possa ocorrer hipóteses de faltas graves (dolo ou fraude). Com efeito,

os membros das Carreiras exclusivas de Estado somente deveriam ser, civil e regressivamente, responsabilizados quando agissem com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

(f) Previdência protegida pelo Tesouro.

(g) Direito de ser julgado, em processos administrativos disciplinares, com ampla defesa e contraditório, pelos pares efetivos de mesma ou superior hierarquia, além de Corregedoria própria.

(h) Direito à formulação de proposta de termo de ajustamento de conduta para infrações disciplinares de menor gravidade¹⁰.

(i) Manutenção do poder aquisitivo da remuneração ou do subsídio, com revisões anuais obrigatórias, sob pena de improbidade omissiva.

(j) Direito de não ser removido compulsoriamente, salvo motivação explícita do incontroverso interesse público, vedado, em qualquer caso, o caráter punitivo.

(k) Direito de ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com autoridade ou juiz competente, em caráter sigiloso quando se tratar de informações funcionais sensíveis.

¹⁰ Vide, a propósito, Instrução Normativa 2/2017, da CGU.

(l) Proteção contra ameaças à integridade física e moral, inclusive com a garantia de prisão cautelar especial.

(m) Direito de recusar o cumprimento de ordem manifestamente antijurídica, em decisão motivada de maneira explícita, clara e congruente.

(n) Poder de celebrar acordos e transações, que visem a proteger a efetividade dos princípios constitucionais.

Tais garantias, arroladas sem caráter exauriente, salvaguardam o próprio Estado Constitucional e se endereçam à prevenção e à correção, a um só tempo, das falhas de mercado e de governo, por intermédio do acréscimo de escudo institucional contra os desvios e os vieses caracterizadores do padrão político imperante.

Especialmente no presente estágio de luta aberta contra a captura sistêmica, a defesa do regime institucional reforçado é uma condição “sine qua non” para que as Carreiras exclusivas de Estado reúnam forças para bem desempenhar, de modo cooperativo e desassombrado, relevantes atribuições indelegáveis.

Em outras palavras, graças à incorporação explícita dessas garantias, no âmbito da regulamentação do art. 247, da CF, respeitar-se-á o direito fundamental à boa administração pública, assimilado como direito-síntese à administração eficaz, motivada e proporcional, cumpridora dos deveres de abstenção e prestação

positiva, com transparência, imparcialidade, participação social, respeito à moralidade e à responsabilidade plena por suas condutas.

A calhar, impõe-se, mesmo que breve, o exame retrospectivo do tema para descontinuar a reincidência de equívocos históricos.

Nos primórdios do Direito Administrativo, várias vozes, à míngua de conceitos mais apurados, cederam à tentação de buscar auxílio nas províncias do Direito Privado¹¹, optando pelas supostas virtudes do método extrapolativo. Foi Paul Laband quem ressaltou, no período embrionário, que a literatura, cedendo a meras semelhanças, tentou encontrar nas figuras negociais do mandato (Harprech, Eybel, Merlin e Laurent), da locação de serviços (Paul Kress, Wilhelm Neumann e D. Strube) - e até no contrato inominado¹² (J. C. Leist e J. A. Feurbach)- o figurino para a relação jurídica tecida entre o Poder Público e seus agentes.

Depois de rechaçar, uma a uma, as construções de matiz privatista - por definição, precárias, como são as

¹¹ Pontes de Miranda in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. São Paulo: RT Editora, 1973, tomo III, p. 418, já notara: *“como acontece quando a qualquer relação jurídica menos conhecida, procurou-se explicar a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado, assimilando-a a algumas das relações mais vulgares no mundo do direito, em subordinação do direito público ao direito privado, característica de séculos em que o direito civil representou a preocupação principal da burguesia, após a derrocada das instituições monárquico-feudais”*.

¹²In Le Droit Public de L'Empire Allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901, Tomo II, pp. 114 e 115.

que pretendem hoje, no contexto brasileiro, terceirizar tudo ou delegar o que não pode ser delegado - Laband, procurou harmonizar a noção de bilateralidade com princípios de Direito Público, animando-se a propor que tudo não passava de contrato de direito público *sui generis*. Em sua perspectiva, “*a relação de serviço do funcionário público repousa sobre um contrato pelo qual, ..., o servidor se devota ao Estado, assume um particular dever de serviço e de fidelidade, engaja-se em um dever de obediência, e pelo qual o Estado, por sua vez, aceita tal promessa, assim como a singular relação de poder que lhe é oferecida, assegurando ao funcionário, em contrapartida, proteção e, também, sustento*”¹³.

A despeito de sua abordagem fragílissima, Laband se converteu no precursor da denominada teoria contratualista que, influenciada pela atmosfera liberal, reinante na segunda metade do século XIX, elegeu o princípio da autonomia como pedra de toque. No entanto, notórias inconsistências da teoria bilateral não demoraram a eclodir: impossível compatibilizar o largo espectro das intervenções do Poder Público com a máxima sinalagmática de mútua pactuação de vínculos.

Ainda quando se cogitasse de “*contrato sui generis*”¹⁴, incontendível que, antes de se incorporar ao serviço

¹³ In ob. cit., pp. 119 e 120: “*Le rapport de service du fonctionnaire de l’Etat repose sur un contrat par lequel, ..., contracte un devoir particulier de service et de fidélité, s’engage à un dévouement particulier, à une obéissance particulière, et par lequel l’Etat accepte cette promesse, ainsi que le rapport de puissance particulier qui lui est offert et assure en retour au fonctionnaire protection et, d’ordinaire, entretien*”.

¹⁴ Entre nós, M. I. Carvalho de Mendonça e Clóvis Beviláqua se incluem no rol dos juristas que acolheram a concepção do

público, o funcionário, no regime bilateral, teria o ensejo de debater as condições do trabalho, as quais, uma vez acordadas, fariam lei entre os contratantes, não podendo ser modificadas pela vontade institucional do Estado. À evidência, essa fórmula nunca se mostrou viável.

O passo subsequente, na jornada evolutiva (não linear) do regime de servidores efetivos, coube à inventividade de Otto Mayer. Insurgindo-se contra a tese contratualista do colega Laband e, de outra parte, contra a desmesurada influência privatista, alertou para a circunstância de que o vínculo entre o Estado e o servidor público não tinha, propriamente, gênese no contrato de trabalho (público ou privado). Repousava mais propriamente na *“obrigação de servir de direito público.”*¹⁵ Rejeitando, com esse argumento, as antigas concepções da gestão de negócios, da locação de serviços e do mandato, Otto Mayer advertiu que *“a função é um círculo de atividades do Estado que devem ser geridas por uma pessoa ligada por uma obrigação de direito público de servir ao Estado.”*¹⁶

“contrato sui generis”. Sobre o tema, vide Pontes de Miranda in ob. cit., p. 428.

¹⁵In Droit Administratif Allemand. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906, Tomo IV, § 42, p. 8: *“La fonction publique, au contraire, est essentiellement liée à obligation de servir du droit public”*.

¹⁶ In ob. cit., p. 8: *“La fonction est un cercle d'affaires de l'Etat, qui doivent être gérées par une personne liée par l'obligation de droit public de servir l'Etat”*. Sobre o confronto entre Laband e Otto Mayer vide, por exemplo, Fritz Fleiner in Droit Administratif Allemand. Paris: Librairie Dalegrave, 1933, que, por sua vez, seguiu o pensamento de Otto Mayer, sustentando que a opinião de Laband *“ne peut cependant pas être acceptée. La nomination du fonctionnaire comme la naturalisation de l'étranger sont l'oeuvre d'une*

Avanço registrado, o lance mais resolutivo no sentido de sobrepassar a noção de contrato, foi dado por uma tríade de juristas franceses: Léon Duguit, Maurice Hauriou e Gaston Jèze. Ao dissociarem a situação jurídica dos servidores públicos daquela de outras espécies de empregados da Administração, cujas relações de trabalho seriam disciplinadas por regras de direito privado, em uníssono, trataram de repudiar o processo de colonização do Direito Público pela doutrina privatista, delineando, ato contínuo, características do estatuto publicista reservado aos “*funcionários propriamente ditos*” (“*fonctionnaire proprement dit*”).

A propósito, Duguit, aludindo à “*situação geral dos funcionários*”¹⁷, anotou que “*a palavra estatuto designa a situação especial constituída para os funcionários pela aplicação das disposições legais ou regulamentares editadas para protegê-los contra todos os atos arbitrários dos governantes ou de seus agentes diretos. Esta definição do estatuto basta para mostrar que ele constitui, essencialmente, uma situação de direito objetivo*

disposition unilatérale de l'autorité, mais d'une disposition que l'autorité ne peut édicter qu'avec l'assentiment de l'intéressé” (p. 123). Na década de 50, Friedrich Giese in *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952, p. 55, também acolheu a ótica de que “*die Ernennung ist kein öffentlich-rechtlicher Vertrag, sondern ein einseitiger Staatshoheitsakt*”. Atualmente, a visão que prepondera é a de que se trata de ato administrativo, como mostra Hartmut Maurer in *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlag, 1985, p. 146.

¹⁷In *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1930, tomo III, p. 159: “*... situation générale des fonctionnaires...*”.

resultante, diretamente, da aplicação do direito objetivo formulado pelas leis e pelos regulamentos do serviço público considerado.”¹⁸

De modo similar, consignou Hauriou que *“se a concepção do contrato de serviço público deve ser afastada para os funcionários propriamente ditos e se, inclusive, se deve evitar dizer que, no todo de sua relação, o funcionário se liga à Administração como uma parte à outra parte, pela boa razão de que funcionário e Administração são um dentro da instituição administrativa, não resta outra solução jurídica possível senão a de que o funcionário seja incorporado à Administração por uma requisição consentida que lhe confere um estatuto legal regulamentar e moral”¹⁹.*

Gaston Jèze, por sua vez, ecoou o prisma segundo o qual *“na França, os agentes do serviço público propriamente ditos estão em uma situação jurídica legal e regulamentar. Isso significa que o sistema do contrato não intervém em nenhum*

¹⁸ In ob. cit., p. 159: *“Le mot statut désigne la situation spéciale qui est faite aux fonctionnaires par l’application des dispositions légales ou réglementaires édictées pour les protéger contre tous actes arbitraires de la part des gouvernants et de leurs agents directs. Cette définition du statut suffit à montrer qu’il constitue essentiellement une situation de droit objectif résultant directement de l’application du droit objectif formulée par les lois e règlements du service public considéré”.*

¹⁹ In Précis Élémentaire de Droit Administratif. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 72: *“Si la conception du contrat de service public doit être écartée pour le fonctionnaire proprement dit et si même on doit éviter de dire que, pour l’ensemble de sa situation, le fonctionnaire soit lié à l’administration comme une partie à une autre partie, pour la bonne raison que fonctionnaire et administration ne font qu’un dans l’institution administrative, il reste qu’une solution juridique possible, à savoir que le fonctionnaire soit rattaché à l’administration par une réquisition consentie lui conférant un statut légal réglementaire et moral”.*

momento. Não é um contrato que incorpora o agente ao serviço público. Não é um contrato que regula os direitos e obrigações dos indivíduos no serviço público. Não é um contrato que fixa a duração das funções e as condições de exoneração do serviço público. A sanção dos direitos e das obrigações dos agentes do serviço público não é aquela dos direitos e obrigações resultantes de um contrato”²⁰.

Entre nós, Pontes de Miranda ofereceu contributo notável. Não obstante ter o sistema constitucional brasileiro - de 1946²¹ para cá - experimentado sensíveis e conspícuas transformações no atinente ao regime

²⁰In Les Principes Généraux du Droit Administratif. Paris: Marcel Giard Libraire-Éditeur, 1930, pp. 244 e 145: “*En France, les agents au service public proprement dits sont dans une situation juridique légale et réglementaire. Cela signifie que le procédé du contrat n’intervient à aucun moment. Ce n’est pas un contrat qui fait entrer les agents au service public. Ce n’est pas un contrat qui règle les droits et obligations des individus au service public. Ce n’est pas un contrat qui fixe la durée des fonctions et les conditions de la sortie du service public. La sanction des droit et obligations des agents au service public n’est pas celle des droits et obligations résultant d’un contrat*”. André de Laubadère, em 1968 (num trabalho que foi publicado nos Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse – faculdade em que lecionara Maurice Hauriou – e, também, no volume I, das Pages de Doctrine. Paris: LGDJ, 1980) lembrou, com lucidez, que, apesar das abertas divergências, sobretudo quanto ao modo de pensar a ciência jurídica, “*c’est également un accord des deux grands maîtres [Duguit e Hauriou] que l’on rencontre, dans la théorie de la fonction public, sur des points fondamentaux, considérés depuis lors comme acquis: le rejet de la notion de contrat pour définir le lien unissant des fonctionnaire à l’intérieur de l’administration ...*” (in Pages de Doctrine. Paris: LGDJ, 1980, vol. I, p. 27).

²¹ A escolha da Constituição de 46 como marco se explica pelo fato de que foi ao comentá-la que Pontes parece haver amadurecido o seu posicionamento sobre o tema dos funcionários públicos. Não se ignora que Pontes, antes da Constituição de 46, já comentara a de 34.

jurídico dos servidores públicos, não se pode negar que, nas linhas mestras, a reflexão ponteana sobre o trabalho público revela o mérito de resistir, convertendo-se, em questões nevrálgicas, em fonte atualizada e preciosa, não só de orientação para administrativistas, mas, igualmente, de esclarecido alerta para os legisladores, mormente aqueles que intentam construir regime digno de garantias para os agentes públicos que desempenham atividades exclusivas de Estado.

Pois bem. Após investigar as contrastantes teorias que disputavam a preferência da comunidade jurídica, detendo-se na polêmica que acirrara ânimos entre os adeptos do regime contratual (bilateralidade) e da corrente estatutária (unilateralidade), Pontes de Miranda percebe que, para discernir o enfoque adequado, importa, antes de mais nada, ter presente que, enquanto *“a relação jurídica é sempre bilateral, porque exige, pelo menos, dois polos”*, apenas *“a fonte da relação jurídica é que pode ser unilateral, ou bilateral, ou plurilateral”*²². Ou seja, embora toda relação jurídica seja bilateral, nem todas as relações jurídicas vêm ao mundo unidas pela bilateralidade. É preciso não confundir a necessária bilateralidade dos efeitos com a bilateralidade das fontes. Logo, não se deve negligenciar a evidência de que a polaridade na relação é *a posteriori*, cujo *a priori*, não raro, é a unilateralidade.

Para Pontes de Miranda, com extrema acurácia, exatamente isso que se passa com a relação entre o Estado e o servidor público. Trata-se de posição jurídica da qual emergem incontáveis efeitos bilaterais.

²²In ob. cit., p. 432.

Contudo, não há como sonegar o dado concreto de que, lá no princípio, na raiz, “*a vontade dos figurantes como que desaparece: não só a vontade do funcionário público, ou do candidato à investidura, nos cargos públicos, mas, também, a do próprio Estado ...*”²³. É à vista desse fenômeno que Pontes de Miranda, armado de bons argumentos, assevera que “*o elemento institucional é predominante, quase exclusivo*”, motivo pelo qual “*trata-se de relação jurídica (portanto, bilateral), mas institucional, o que repele a noção de pura contratualidade*”²⁴.

Como se constata, a conclusão institucionalista de Pontes de Miranda, em que pesem divergências laterais, não infirma, na essência, o entendimento, quase em tudo convergente, de Mayer, Duguit, Hauriou e Jèze: à diferença do empregado público, cujo contrato de trabalho seria, entre nós, regido basicamente pela CLT²⁵,

²³In ob. cit., p. 431.

²⁴In ob. cit., p. 431.

²⁵ O dualismo entre servidores públicos estatutários (vínculo institucional de Direito Público) e empregados públicos (contrato de trabalho) conserva-se na Alemanha, na França e, também, no nosso sistema. Entre os alemães, Konrad Hesse in Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. C. F. Müller Juristischer Verlag: Heidelberg, 1978, p. 218 e Norbert Achterberg (in Allgemeines Verwaltungsrecht. Heidelberg: Decker& C. F. Müller, 1982, p. 194) confirmam esse dualismo entre “*Beamter*” (servidor público estatutário) e “*Angestellte*” (empregado público), que vem de longe (Constituição de Weimar). Entre os franceses, Yves Gaudemet, ao atualizar o Tratado de André de Laubadère, esclarece que “*a la différence du personnel fonctionnaire, uniformément soumis à une situation légale ou réglementaire de droit public, le personnel non fonctionnaire relève de régimes juridiques divers*” (Traité de Droit Administratif. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 40).

a situação jurídica do servidor público “*propriamente dito*” é, sim, estatutária, institucional ou legal.

A disciplina em vigor não tornou obsoletas as observações doutrinárias referidas. Ninguém ignora que a modificação do art. 39 da CF/88, promovida pela Emenda 19/98, almejou, de modo formalmente inconstitucional, descontinuar o “*regime jurídico único*”, ampliando, em contrapartida, o espectro de utilização da figura do empregado público, cujas relações com o Estado são disciplinadas pelas regras constantes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Nada obstante, as relações de trabalho, sob essa regência, não se confundem com as relações institucionais, como proclamou o Supremo Tribunal, ao examinar a mudança de redação do art. 114 da CF, por força da Emenda Constitucional 45.²⁶

Em outras palavras, afigura-se irretorquível que subsiste, incólume, o regime institucional e, no caso específico das Carreiras exclusivas de Estado, impende acrescentar que esse regime experimenta nuance adicional. Aproxima-se dos detentores de vitaliciedade.

Como quer que seja, sobre a natureza do regime institucional, não deixam margem para dúvidas as inúmeras alusões, no texto da Lei Fundamental, à categoria de servidores titulares de cargos públicos na Administração direta, nas autarquias, nas fundações de Direito Público e na esfera administrativa do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

²⁶ Vide ADIn 3395/DF.

Do regime estatutário decorre bom número de consequências dignas de registro. É importante reter que o constituinte derivado, apesar das reformas que tentaram dismantelar vários direitos dos servidores públicos, felizmente não abandonou, de um todo, o pensamento de acordo com o qual, para confiança intertemporal no serviço público, impõe-se reservar aos ocupantes de certos cargos efetivos o *tratamento especial e peculiar*, habilitado a propiciar a formação de Carreiras imunizadas, o mais possível, contra capturas de partidos²⁷ e de influências particularistas de outras índoles, assim como prevenir contra a maldição das escolhas inconsistentes.

Bem a propósito, com duro realismo, Alexander Hamilton já havia alertado: só o que detém controle sobre o próprio sustento mantém ativo domínio sobre a vontade.²⁸ Pessoas cuja sobrevivência depende da maré oscilante e fortuita da política partidária ou da ascendência calculista de terceiros correm o sério risco de se transformarem em servos indefesos, no mercado opressivo e implacável dos concentrados interesses econômicos e políticos.

²⁷ Como lembra Fritz Fleiner in ob. cit., pp. 66 e 67, na Alemanha, já “*la Constitution d’Empire a cherché à parer au danger d’une introduction de la politique dans l’administration (Politisierung der Verwaltung) et de l’exercice d’influences de parti sur les fonctionnaires en proclamant le principe – qui va de soi – que ‘les fonctionnaires sont les serviteurs de la collectivité, non d’un parti’ (art. 130, al. 1)*”.

²⁸Com sublinha Hamilton in *The Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952, vol. 43, n° 79, p. 233, “*In the general course of human nature, a power over a man’s subsistence amounts to a power over his will*”.

Ontem, como agora, perdura intacta, no cerne, a noção de “*que o melhor meio de assegurar um bom funcionamento dos serviços públicos é conferir aos funcionários, legalmente, uma situação estável.*”²⁹ Mas não pode ser uma estabilidade de superfície, como alguns preconizam, mormente diante da tendência simplista de imputar ao servidor a culpa pelo descontrole fiscal. Tem que ser a estabilidade qualificada, no concernente aos agentes que desempenham atribuições exclusivas de Estado, isto é, à prova de ingerências, retaliações, ameaças de enxugamento e influências espúrias da política conjuntural. Justamente por isso, impõe-se que o agente de Carreira exclusiva de Estado responda, civil e administrativamente, tão-somente nos casos de dolo ou fraude, pelo desempenho de suas atribuições.

Com efeito, o trágico inventário de tentativas, dissimuladas ou crassas, de supressão do regime estatutário e de correspondentes garantias institucionais, sobremodo a da estabilidade (volta e meia atacada como raiz dos males da gestão pública), atesta que o inimigo da racionalidade sistêmica (e dos dados empíricos) ronda e, não raro, logra seu desígnio nefasto de confundir o diagnóstico: o verdadeiro mal está na captura (v.g. em renúncias fiscais injustificadas), não nos antídotos contra ela.

²⁹Duguit, Leon in ob. cit., tomo III, p. 149 e 150: “*Alors est née cette idée éminemment juste que le meilleur moyen d’assurer un bon fonctionnement des services publics, c’est de conférer légalement aux fonctionnaire une situation stable*”.

Emblemático, a respeito, foi o que sucedeu com Andrew Jackson nos EUA. Apesar do célebre alerta de Hamilton, no final do século XVIII, clamando para que se resguardasse a independência dos servidores, o Presidente Jackson, em 1829, desnaturando o sistema de “*due participation*”, criado por Thomas Jefferson, teve a infeliz iniciativa de cunhar a doutrina do “*spoils system*”. Tal sistema visceralmente *patológico* conseguiu ser pior do que a mais equivocada aplicação da fórmula da “*devida participação*”, a qual, concebida por Jefferson em bases de estrita igualdade entre partidos, logo se converteu no reflexo proporcional ao desempenho nas eleições.

Realmente, o mecanismo da “*devida participação*” estava longe de ser o ideal, porém a inovação fatídica de Jackson sobrepujou-o nas mazelas.

Em contraste com o sistema da “*devida participação*”, a alternativa preconizada por Jackson “*degenerou em mero partidatismo*”³⁰. O critério adotado, sem apreço pelas diretrizes do profissionalismo e da continuidade intertemporal das políticas de Estado, foi, em resumo, o da simples rotatividade nos cargos, vistos como espólio à mercê dos vencedores nas urnas.

Qualquer semelhança com o panorama administrativo brasileiro não é mera coincidência.

³⁰ White, Leonard in Introduction to the Study of Public Administration. New York: The Macmillan Company, 1957, p. 18: “*Contrary to Jackson’s expectation, rotation degenerated into mere partisanship*”

Milhares de cargos expostos à contaminação do tráfico de influências tornam a gestão pública um tipo de espólio à disposição do vencedor nas urnas eletrônicas. A filosofia lastimável dos despojos e do fisiologismo impera e deitou raízes em nossa cultura.

Como grifou Gaston Jèze, “*Jackson preconizava a seguinte regra: a cada um a sua vez*”³¹. Vale a pena transcrever o juízo que o eminente jurista francês formou a respeito de proposta tão esdrúxula: “*O certo é que os resultados do sistema dos despojos foram deploráveis. Em poucos anos, os hábitos de concussão, imoralidade, introduziram-se na administração americana. Os abusos foram tais que levaram, em 1883, a uma reação que operou uma mudança radical no recrutamento da função pública (sistema do concurso)*”³².

Presentemente, no Brasil desvendado pela Operação Lava-Jato, às voltas com recorrentes escândalos e indícios veementes de corrupção organizada, crucial não perder de vista as advertências históricas contra a reiteração de erros crassos. Sucessivas emendas constitucionais (a partir da Emenda 19) promoveram alterações problemáticas de regime, criando perigosos mecanismos de relativização da estabilidade. Mal compostas, essas reformas não detiveram a sina da

³¹ In ob. cit., p. 405: “*En termes plus nets, Jackson préconisait la règle: chacun son tour!*”.

³² In ob. cit. p. 405: “*Ce qui est certain, c’est que les résultats du système des dépouilles furent déplorables. En quelques années, les habitudes de concussion, l’immoralité, s’introduisirent dans l’administration américaine. Le abus furent tels qu’ils amenèrent en 1883 une réactionnet firent opérer un changement radical dans le recrutement de la fonction public (système du concours)*”.

cultura política do espólio. Não sem motivo, algumas das modificações mereceram severas críticas, tanto jurídicas como da ciência administrativa. E simplesmente não funcionaram.

Naturalmente, seria injusto negar que o constituinte derivado também teve acertos. Assim, por exemplo, ciente de que o futuro das instituições dependeria, em larga medida, da salvaguarda de carreiras exclusivas de Estado (sem as quais periclitam a credibilidade da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), o Congresso Nacional deixou, aqui e acolá, acenos de relativa prudência, como sucedeu na imposição da disciplina infraconstitucional de garantias especiais, tema central do Parecer.

O art. 247, da Constituição, deixa nítido que são indispensáveis critérios e garantias especiais para a perda do cargo do servidor público estável que desenvolva atividades exclusivas de Estado. Em outro dizer, respeita, pelo menos no ponto, o vínculo institucional qualificado, aqui defendido, ao admitir implicitamente a necessidade do bloco de garantias adicionais para tais agentes públicos efetivos.

Claro: nem todo servidor de liame institucional desempenha atividades exclusivas de Estado ou carece de garantias adicionais, mas todo membro efetivo das Carreiras de Estado guarda vínculo institucional peculiar e pressupõe as garantias arroladas.

O sentido finalístico do dispositivo é, nessa medida, confluyente com a filosofia correta de estatuir o merecido tratamento diferenciado para Carreiras de cuja atuação eficiente, eficaz, proba e autônoma depende não só a performance produtiva da máquina pública, mas da sociedade civil e do mercado: o mundo contemporâneo assemelha-se a complexo sistema vivo e, nele, as Carreiras de Estado operam como órgãos vitais, no intuito de oferecer ordem, confiança e previsibilidade, em meio à acelerada volatilidade e tendência à entropia.

O timbre singularizante da situação jurídica das Carreiras Exclusivas de Estado deriva, pois, da própria essencialidade, não de qualquer privilégio. Encontra amostra significativa, no texto constitucional, quando, em boa hora, reconheceu, a partir do advento da Emenda Constitucional 42, às *“Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”* a elevada dignidade de *“atividades essenciais ao funcionamento do Estado”* e, nessa linha, permite *“a vinculação de receita de impostos ... para realização de atividades de administração tributária”*, conferindo-lhe autonomia e independência.

Por identidade de fundo, à igual sorte de tratamento essencial fazem jus todas as Carreiras exclusivas de Estado, no diploma que versar sobre garantias especiais, exigidas pelo art. 247, da CF.

Tem-se que positivar a proteção contra a filosofia de Andrew Jackson e similares contemporâneos, um legado que tem sido constrangedor, para dizer o mínimo. Inegavelmente, o desprestígio inoculado pela

filosofia de Jackson no âmbito do serviço público, a par de responsável pelo rápido declínio da eficiência administrativa, redundou por ensejar episódios estrepitosos, que estimularam a melhor doutrina, em décadas recentes, a recomendar, como forma de prevenir a corrupção na seara pública, entre outras providências sistêmicas, que os membros das Carreiras exclusivas de Estado fossem protegidos por blindagem semelhante à proposta.

Certo, nada dispensa a boa formação de caráter e as virtudes cognitivas e motivacionais do agente estatal, todavia a arquitetura institucional pode-deve incentivar que Carreiras exclusivas de Estado cumpram, com tranquilidade e espírito impessoal o “munus” indelegável de alcançar a eficácia da rede de direitos e deveres fundamentais, de ordem a otimizar a efetividade da ordem constitucional democrática.

Sem embargo, aquelas atribuições intermediárias ou auxiliares (ou de apoio) que puderem ser exercidas em regime mais flexível, por empregados não-estatutários (ainda que concursados) ou meros ocupantes de cargo de confiança ou, ainda, por terceirizados, não estão vedadas, desde que não se sobreponham à atividade técnica finalística de implementação superior das políticas de Estado (acima das oscilações dos programas governamentais), sob pena de quebra irremediável da estabilidade política e macroeconômica, com ruinosos prejuízos à proteção contra investidas parasitárias dos grupos especiais de interesse.

Foi o que percebeu, há muito, a melhor doutrina ao discutir a possibilidade do exercício de atividades-fim de polícia administrativa por pessoas de direito privado. Contra a delegação se pronunciou o entendimento majoritário da comunidade administrativista, impugnando-a com argumentos de ordem prática e de caráter eminentemente jurídico.³³ O que se admite, no ponto, é a transferência à pessoa de direito privado de simples tarefas instrumentais, em visível simetria com o que se admitia no vetusto Direito Romano.³⁴

Em outro dizer, o caráter diferenciado das regras disciplinadoras do exercício do “poder de polícia” evidencia, ainda uma vez, a peculiar condição jurídica dos servidores incumbidos de (re)presentar o Estado no manejo dos instrumentos de intervenção administrativa, incidente na esfera particular.

³³ Vide Juarez Freitas in Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 54: “*Outra característica nodal é a de que a polícia administrativa há de ser exercício privativo do Poder Público, ...*”. É o que também ensinava Ruy Cirne Lima, quando escreveu que “*traço característico da limitação ou restrição policial é o de ser imposta pelo poder público privativamente*” (in Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 107).

³⁴Aqui reaparece o fio contínuo da história. Apesar dos inegáveis contrastes entre os contextos institucionais, as semelhanças com o Direito Romano merecem registro. Enquanto a função fiscalizatória propriamente dita ficava nas mãos de um magistrado (dos *quaestor* na República e dos *praefecti aerarii* no Principado), a função arrecadatória era desempenhada pelos *publicani*, que operavam no seio de uma *societates publicanorum* por eles constituída (v. Max Kaser in Das Römische Privatrecht. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1955, p. 263 e ss.; e Wolfgang Kunkel in Römische Rechtsgeschichte. Köln: Böhlau Verlag, 1956, p. 26).

Nesse aspecto, o entendimento majoritário jamais deixou de proclamar que o desempenho profícuo do “poder de polícia” demanda, em face de injunções políticas e enviesamentos imanentes do mercado, a salvaguarda que só garantias estatutárias podem erigir.

Agora, importa ir além. Quadra ressaltar que mesmo os defensores do regime jurídico uniforme e indistinto para servidores públicos e trabalhadores particulares não deixam de conceder a imperiosa necessidade, em certos casos, *“de se examinar, cuidadosamente, quais seriam os postos da função pública que requerem especiais direitos e deveres e como deveriam esses direitos e deveres ser constituídos e matizados em vista de cada tarefa e cargo”*³⁵. Afinal, como pondera Martin Bullinger - um dos arautos do, ao menos por ora, contraindicado regime uniforme -, *“seria inoportuno que um oficial de portaria e um alto funcionário de Ministério fossem eventualmente submetidos a um regime jurídico substancialmente idêntico”*³⁶.

Útil, de passagem, aludir que o STF, em boa hermenêutica, entendeu a imperatividade do regime especial, por exemplo, ao escrutinar a

³⁵Bullinger, Martin in *Öffentliches Recht und Privatrecht*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1968, p. 101: *“...müsste sorgfältig geprüft werden, für welche Positionen des öffentlichen Dienstes besondere Beamtenrechte und Beamtenpflichten überhaupt erforderlich und wieder diese Rechte und Pflichten je nach der besonderen Aufgabe und Stellung verschieden zu gestalten sind”*.

³⁶ Idem: in ob. cit., p. 101: *“So erweist es sich u.U. als nicht angebracht, einen technischen Hausmeister und den höheren Beamten eines Ministeriums im wesentlichen demselben Beamtenrecht zu unterwerfen”*.

constitucionalidade da Lei 9.986, que pretendeu estabelecer, para as *Agências Reguladoras, relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, isto é, no regime exclusivo de emprego público*. Submetido o diploma à apreciação do Supremo Tribunal Federal (ADIn 2.310), tão estridente a incompatibilidade com a Carta Fundamental, que logo teve a sua eficácia suspensa.³⁷

Com toda pertinência, o *status* dos agentes que desempenham atividades exclusivas de Estado experimenta identidade de fundo com a situação jurídica esquadrihada pelo STF, na aludida ADIn 2.310. Não por acaso, afastou-se a possibilidade de utilização exclusiva do regime celetista, por se admitir que o regime institucional é o único compatível com atividades intrínseca e indelegavelmente estatais.

Aqui, a expressão “*Carreiras*” ostenta o sentido técnico preciso, querendo designar aqueles cargos de provimento efetivo - portanto estatutários - que, à diferença dos denominados “*cargos isolados*”, se escalonam em classes hierarquizadas segundo o grau de

³⁷ADIn 2.310. Foi por esse motivo que a Constituição Alemã, de 23 de maio de 1949, no seu art. 33, alínea 4, preceituou que “*l’exercice des droits de souveraineté doit être confié à titre permanent à des fonctionnaires publics ...*”, sendo que, neste mesmo artigo, a alínea 5 determina, ainda, que “*le droit de la fonction publique doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat*” (in *Constitutions et Documents Politiques*. Org. por Maurice Duverger, Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 468).

responsabilidade ou complexidade das atribuições funcionais.³⁸

Ou seja, a alusão às Carreiras de Estado é mais fecunda do que se afigura à primeira vista. O uso do termo tem o fito de reforçar o almejado ambiente de “institucionalização da independência” (“Institutionalisierung der Unabhängigkeit”)³⁹ com o escopo elevado de erradicar, pelo menos em certos domínios da Administração Pública, a precariedade e o risco de ingerências, pressões, enxugamentos e cortes descriteriosos, que afetam o exercício independente das tarefas essenciais.

Não por outro motivo, na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), referiu-se ao “*servidor público de carreira como uma instituição que, com fundamento em conhecimentos técnicos, desempenho profissional e leal cumprimento do dever, garante uma Administração estável, representando um fator de compensação em face das forças políticas conformadoras da vida do Estado*”⁴⁰.

No entanto, o intento de consolidar o lastro de proteção jurídica ao pleno e regular exercício das Carreiras de Estado exige muito mais. Realmente, sobretudo no contexto brasileiro de severo

³⁸ Vide Celso Antônio Bandeira de Mello in ob. cit., p. 276.

³⁹Zippelius, Reinhold in *Allgemeine Staatslehre*. München: C.H. Beck'sche Verlag, 1999, p. 382.

⁴⁰ In BverfGE, 7, 162: “... *Berufsbeamtentum als eine Institution ..., die gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen sollm.*”.

patrimonialismo e de favoritismos alarmantes, são imprescindíveis recursos prioritários para a realização de atividades essenciais. Numa frase: exige-se real autonomia, não apenas na letra espectral da lei. Em paralelo, haja vista a vinculação institucional singular preconizada, mister acolher tratamento prudente e diferenciado (que não configura privilégio), preservando garantias que fazem as vezes de vacinas contra o esvaziamento das prioridades de Estado.

Vale dizer, para desempenhar adequadamente atribuições indelegáveis, o membro da Carreira exclusiva de Estado demanda entreter vínculo institucional “sui generis”, com a aludida estabilidade qualificada ou vitaliciedade (nas hipóteses de juízes, membros do MP e de Tribunais de Contas).

Tal garantia superior implica apenas responder civil e administrativamente, por dolo ou fraude. Trata-se de proteção que colima empoderar o agente público desenviesado e afastar o império do medo de fazer a coisa certa. Nada mais urgente. São exatamente os membros das Carreiras exclusivas de Estado, em tese, que servem de fios condutores à permanência das metas de longo alcance, sem afastar adaptações pontuais de rota (na margem mitigada de discricionariedade, atribuída aos agentes políticos, transitórios por definição).

A estabilidade qualificada oferece, assim, ao probo agente da Carreira exclusiva de Estado, uma trincheira contra a prepotência eventual dos mandantes da hora e contra a miopia temporal. Bem por isso, é preciso rever

as hipóteses para a aludida perda do cargo. O olhar mais acurado constata que a primeira hipótese, nitidamente de cunho punitivo, segue de sentença transitada em julgado (CF, art. 41, § 1º, I). Até aí, não há novidade. Se invalidada por sentença a demissão do servidor estável, aplica-se, no ponto, a regra prevista no § 2º, cumprindo reintegrar o servidor no cargo.

A próxima hipótese concerne ao processo administrativo, assegurada ampla defesa (CF, art. 41, § 1º, II) – e, por força da regulamentação sugerida, com a Corregedoria específica nas Carreiras exclusivas de Estado. A subsequente hipótese é a relacionada à insuficiência de desempenho, que não deveria - como assinalado no princípio - resvalar para sombrias veredas de arbítrio não-motivado, nem para ameaças de julgamentos políticos violadores do devido processo (material e formalmente considerado). Na hipótese dos agentes das Carreiras exclusivas de Estado, o recomendável é considerar que o desempenho insuficiente confunde-se com a estrita situação de falta grave punível com demissão, sem que se introduzam variáveis instabilizadoras que maculariam, letalmente, a independência dos agentes possuidores da estabilidade qualificada.

Convém sulcar que, no atinente à hipótese de enxugamento dos gastos para a observância dos limites da responsabilidade fiscal (art. 169, § 4º, CF), não se aplica aos servidores das Carreiras exclusivas de Estado.

É que, numa prudente leitura sistemática⁴¹, mostra-se francamente inadmissível que o constituinte derivado possa ter pretendido, por meio de processo administrativo, desligar, por mera alegação de economia, quem a própria Carta reconhece como vital. Leitura diversa do art. 169, § 4º, CF não se sustenta, pois é impossível imaginar hígido “ato normativo motivado de cada um dos Poderes”, especificando atividade essencial passível de corte. Não é sensato admiti-lo.

Vale dizer, a mandatária motivação congruente, clara e explícita (nos moldes requeridos pelo art. 50, da Lei 9.784/99) é incompatível com o enxugamento dos cargos de agentes envolvidos em atividades-fim, reputadas como essenciais ao funcionamento estatal, sob pena de autodestruição. A motivação não pode embasar resultado irracional. Em resumo, nenhuma intelecção razoável permite supor que o *constituente tenha buscado, em nome da austeridade fiscal, destruir o próprio Estado.*

Segue daí o caráter imperioso de, por meio de regulamentação infraconstitucional, preservar a essencialidade e *afastar a aplicação do art. 169 da CF aos ocupantes de cargos, por definição, vitais ao andamento do Estado.*

É o que se sugere à regulamentação do art. 247, da CF. Trata-se de suscitar confiança, previsibilidade,

⁴¹ Para exame mais aprofundado, vide Juarez Freitas in *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

independência e autonomia ao servidor de carreira exclusiva de Estado, sem prejuízo de medidas conducentes à fiel observância dos limites prudenciais da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Inquestionável que tal inteligência corrobora a filosofia administrativa que propõe o abandono completo da doutrina do espólio. Ao fim e ao cabo, a estabilidade qualificada nada mais representa do que a contrapartida justa para elevadas responsabilidades intertemporais em tela.

A estabilidade qualificada é uma defesa, em última instância, da sociedade contra o predomínio da política patrimonialista sobre a expertise motivada de modo suficiente. Precisamente à conta disso, os *cargos de direção, nas Carreiras de Estado, devem ser reservados aos servidores da própria Carreira, salvo exceções constitucionais expressas.*

Tudo considerado, os agentes públicos efetivos que exercerem funções típicas de Estado (competências indeclináveis, estratégicas e indelegáveis) merecem um regime dotado de fortes anteparos - formais e substanciais - contra enxugamentos lineares e a infiltração de traficâncias particularistas no seio da gestão pública.

Certamente, esses anteparos não podem servir para acomodação, mas como uma couraça protetiva, que propicia atuação firme em defesa da probidade e dos demais princípios publicistas. É, sem dúvida, crucial, na regulamentação do art. 247, da CF, erguer essa

imunização benfazeja para o cumprimento diligente dos objetivos constitucionais, em vez da obediência acrítica aos ditames dos poderosos de ocasião.

Veza por todas, a garantia patrocinada pela estabilidade do art. 41 da CF tem que ser ressignificada, nunca debilitada, como garantia ofertada à própria sociedade. Faz parte daquele conjunto de providências requeridas pelo Direito Administrativo de Estado, mais do que de governo. Na travessia, as Carreiras de Estado, com vínculo institucional difícil de romper, serão capazes de zelar, com denodo, pela concretização dos ideais republicanos, construindo ambiente apropriado à prevenção e à correção das falhas de mercado e de governo.

Fortalecidas, as Carreiras exclusivas de Estado darão provas de aptidão para resolver conflitos e conquistar acatamento e deferência. A partir disso, o Direito Administrativo deixará de ser o reino do monólogo adversarial para se converter ao diálogo aberto, respeitoso e cooperativo. Minguará, a pouco e pouco, o espaço triste da obsoleta discricionariedade pura, substituída pela noção de liberdade vinculada à avaliação justificada de impactos, de sorte que toda discricionariedade (no plano dos mandamentos - Tatbestand - ou na eleição de consequências) evoluirá para se tornar vinculada às prioridades do Estado Constitucional, que continuam quando os governantes passam. Essa continuidade pós-governamental supõe abandonar “exorbitâncias” e a capacidade de recusar o cumprimento de ordens manifestamente antijurídicas.

É, em síntese, graças à valorização das Carreiras exclusivas de Estado que se poderá consolidar o Estado Constitucional democrático, na vida real. O robustecimento de tais Carreiras permite que o Estado seja o primeiro, não o último, a observar normas e a zelar pela credibilidade das regras do jogo. O Estado Democrático legitimar-se-á, dessa maneira, como legítimo defensor dos direitos fundamentais, em vez de servir como tentacular máquina de abusos e omissões. Em suma, a par das considerações jurídicas, razões de ordem política e macroeconômica, tornam inadiável aprimorar o regime protetivo das Carreiras exclusivas de Estado.

Conclusão

Já ao conferir efetividade aos princípios constitucionais regentes das relações administrativas, já ao tutelar adequadamente os direitos fundamentais, as Carreiras típicas de Estado oferecem um contributo inestimável à eficiência e à eficácia da implementação de políticas públicas. Nessa perspectiva, demandam agentes independentes, desviesados o mais possível, que atuem em regime institucional blindado (para além de polarizações e influências dos grupos especiais de

interesse), com o intuito assumido de propiciar o desenvolvimento duradouro.

Bem por isso, a regulamentação do art. 247, da CF precisa consagrar as seguintes garantias fulcrais:

- (a) independência administrativa e financeira;
- (b) ausência de subordinação hierárquica aos ocupantes de cargos políticos;
- (c) estabilidade qualificada e mandato dos dirigentes;
- (d) garantia expressa contra enxugamentos de pessoal, na correta interpretação do art. 169, da CF;
- (e) imparcialidade na implementação dos programas de Estado (mais do que de governo), com a suficiente motivação;
- (f) resolução administrativa final de conflitos e atribuição de realizar ajustamentos liquidamente benéficos (acordos, termos de ajustamento e de compromisso), com as garantias correspondentes;
- (g) previdência assegurada pelo Tesouro;
- (h) direito de ser julgado, em processos administrativos, pelos pares estáveis, com amplo contraditório e defesa técnica, sob o crivo de Corregedoria específica;
- (i) manutenção do poder aquisitivo da remuneração ou do subsídio, com revisões anuais obrigatórias;
- (j) deferência, em sentido amplo, com especial proteção da integridade física e moral.
- (k) garantia de não ser responsabilizado, civil e administrativamente, salvo se houver dolo ou fraude.

Como restou nítido, aqui reputam-se atividades consideradas exclusivas de Estado aquelas essenciais à consecução e à continuidade da implementação de políticas públicas, exercidas por agentes públicos investidos em cargos efetivos, que desempenham atividades indelegáveis, estratégicas e não-terceirizáveis, com independência, imparcialidade, autonomia e ausência de subordinação hierárquica à esfera político-partidária.

Os agentes públicos, ocupantes de cargos efetivos nas Carreiras exclusivas de Estado, não podem ter vínculo temporário ou transitório, nem regência celetista, eis que estão incumbidos do cerne de atividades-fim intransferíveis.

São exemplos de Carreiras típicas de Estado as relacionadas às atividades-fim de jurisdição, legislação e consultoria legislativa, ministério público, regulação, administração tributária e fiscalização do trabalho, controles interno e externo, diplomacia, segurança pública, inteligência e defesa, advocacia pública, defensoria pública e avaliação estratégica de ações governamentais.

Por derradeiro, impende sublinhar que o agente público que exerce atividade exclusiva de Estado deverá ter, sem prejuízo do disposto nas respectivas leis de regência, as seguintes prerrogativas: independência administrativa e financeira, autonomia, liberdade de expressão técnica, indelegabilidade e vedação da terceirização de suas atribuições finalísticas; ausência de subordinação hierárquica aos ocupantes de cargos

políticos, sem prejuízo dos deveres de cooperação e vedação expressa de que o ocupante da Carreira de Estado participe de atividade político-partidária; estabilidade qualificada, não se aplicando a hipótese do enxugamento prevista no § 4º do art. 169, da Constituição Federal; mandato dos dirigentes, selecionados entre os membros da Carreira respectiva; avaliação de desempenho, prevista no art.41, da CF, que veda a demissão fora das hipóteses de faltas graves; previdência complementar amparada pelo Tesouro; direito de ser julgado, em processos administrativos disciplinares, com ampla defesa e contraditório, pelos pares estáveis de mesma ou superior hierarquia; direito à proposta de termos de ajustamento para as infrações de menor gravidade; manutenção do poder aquisitivo da remuneração ou do subsídio, com revisões anuais obrigatórias, sob pena de improbidade omissiva dos responsáveis; direito de não ser removido compulsoriamente, salvo motivação explícita de incontroverso interesse público, afastado, em qualquer hipótese, o caráter punitivo; direito de ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz competente, em caráter sigiloso quando se tratar de informações funcionais sensíveis; proteção contra atentados à integridade física e moral, inclusive com a garantia de prisão cautelar especial; direito de recusar o cumprimento de ordem manifestamente antijurídica, mediante decisão motivada de maneira explícita, clara e congruente; poder de celebrar acordos e transações, que visem a proteger a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.

É o Parecer.

Porto Alegre, em 16 de setembro de 2017.

Prof. Dr. Juarez Freitas
Professor de Direito da PUC/RS e da UFRGS