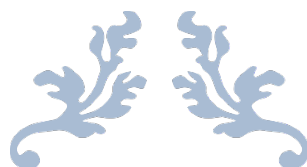




**Diálogo
Institucional**

ASSESSORIA E ANÁLISE
DE POLÍTICAS PÚBLICAS



A ADVOCACIA PÚBLICA E AS ATIVIDADES TÍPICAS OU EXCLUSIVAS DE ESTADO



JUNHO DE 2021

Luiz Alberto dos Santos

Consultor – Advogado (OAB RS 26485 e OAB DF 49777 - Especialista em Políticas Públicas e Gestão
Governamental - Mestre em Administração – Doutor em Ciências Sociais

Sumário

1. Introdução	1
2. Cargos Típicos ou Exclusivos de Estado	2
3. A Advocacia Pública e suas prerrogativas constitucionais	12
4. A PEC 32/2020 e as “atividades típicas de Estado”	23
5. Conclusão	26

ESTUDO

A ADVOCACIA PÚBLICA E AS ATIVIDADES TÍPICAS OU EXCLUSIVAS DE ESTADO

1. Introdução

Solicitam a Associação Nacional dos Procuradores e Advogados Públicos Federais - ANPPREV e a Associação Nacional dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União – ANAJUR, estudo técnico sobre a natureza jurídica das carreiras da advocacia pública à luz do conceito de atividades típicas de Estado nos termos do art. 274 da Constituição Federal, e das propostas de alteração ao regime jurídico dos servidores públicos contidas na PEC 32, de 2020, do Poder Executivo, que “Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa”, ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

A relevância dessa análise decorre de duas ordens de garantia. Os servidores que sejam considerados responsáveis por exercer atividades exclusivas de Estado, nos termos do art. 247 da Constituição em sua redação vigente, ou que venham a ser, com base em critérios definidos em lei complementar, nos termos da PEC 32/2020, ocupantes de “cargos típicos de Estado”, terão direito à estabilidade no cargo efetivo, e, ainda, a garantias especiais contra a perda do cargo. Ademais, estarão sujeitos a limitações no tocante à acumulação de cargos e, quanto ao ingresso, a período de vínculo de experiência de *no mínimo* dois anos.

Na PEC 32/2020, a estabilidade, para os futuros servidores, somente será assegurada aos ocupantes de cargos “típicos de Estado”, e, assim, definir os critérios a serem empregados para essa classificação será fundamental para que não decorra, de sua incorreta aplicação, prejuízos a servidores que devem contar com a proteção da estabilidade para o adequado exercício de suas atribuições.

Assim, abordaremos neste Estudo essa situação e as questões essenciais a serem observadas para a identificação desses critérios e sua aplicação às Carreiras da Advocacia Pública, no âmbito federativo.

2. Cargos Típicos ou Exclusivos de Estado

Para o deslinde da questão, uma preliminar fundamental, de ordem conceitual, é a definição do conceito de “atividade exclusiva de Estado”, necessária ao cumprimento do art. 41 da Constituição, bem assim ao art. 169, que, por força do art. 247 da Constituição, devem observar em sua regulamentação “critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.”

Definir quais são os servidores revestidos dessa caracterização tem sido questão polêmica e insatisfatoriamente resolvida no campo da doutrina, sendo necessário o estabelecimento de critérios para diferenciar o servidor público responsável por *função pública*, logo *exclusiva ou típica de estado*, dos demais agentes encarregados de serviços públicos.

Para estabelecer esta diferenciação, RENATO ALESSI (apud BERNARDES, 1993:115) propõe a identificação de dois requisitos: a) o enquadramento no sistema organizativo da administração pública, ou seja, a condição de servidor do Estado; b) **a atribuição de uma função pública “vera e própria”, ou seja, atividade ideológica ou volitiva voltada para o exercício, ou para favorecer o exercício, da autoridade pública.**

Ausente o primeiro elemento, o agente público não é servidor; ausente a segunda, é apenas encarregado de serviço público, ou *empregado público*. A “prova da tipicidade” deve ser buscada, portanto, nas atribuições a serem exercidas pelos agentes públicos, e aferida mediante critérios objetivos, tais como os propostos por BERNARDES¹ (idem: 117):

- “1. *prestação de serviço público em favor da coletividade: finalidade;*
2. *que envolve o mando estatal: autoridade pública;*
4. *para atendimento de necessidades públicas a que o Estado se obrigou: essencialidade;*
5. *tendo caráter principal na atividade do agente público: predominância ou intensidade;*
6. *e importando, para o agente, deveres públicos e acréscimo de limitações na esfera das liberdades cívicas: múnus público;*
7. *principalmente em razão da qualificação funcional do agente ou da designação que recebe: individualização;*
8. *e sobretudo se a tarefa é referente à soberania do Estado: excelência.”*

São, portanto, decisivos o grau de vinculação da função exercida com a autoridade estatal e a pessoa do agente público considerado. A destinação constitucional

¹ BERNARDES, Hugo Gueiros. Serviço público: função pública, tipicidade; critérios distintivos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 29, nº 118, abr.-jun. 1993.p. 111-126.

do agente, a atividade para a qual contribui é distintivo essencial, seja para a verificação da *tipicidade primária* ou *tipicidade derivada ou auxiliar*.

Não serão, portanto, quaisquer cargos destinados ao exercício de atividades vinculadas às funções estatais típicas que estarão investidos da *tipicidade*, mas somente aqueles cujos ocupantes *personificam* ou enfeixam *poderes estatais*, ou que exercem parcela desse poder, ou cujos cargos somente têm sentido se vinculados ao exercício desse poder. Caso contrário, a tipicidade das carreiras estaria vinculada ao mero exercício de um cargo no âmbito de determinado órgão, distorcendo o conceito de maneira paradoxal: bastaria ao servidor em atividade de apoio operacional ou técnico-administrativo, consideradas via de regra *subalternas*, estar em exercício em determinado órgão e seu cargo passaria a ser também caracterizado como *típico*.

Por outro lado, em determinadas situações há atribuições que somente podem ser exercidas **no órgão** que enfeixa competência estatal específica, o que, necessariamente, acarreta a *tipicidade* da função exercida pelo agente público. Esse aspecto distintivo pode ser aferido, igualmente, pelas especificidades dos conhecimentos exigidos para ingresso no cargo e sua vinculação com as competências do poder público, assim como pela *exclusividade* do exercício de tais atribuições por agentes públicos investidos em cargos específicos, de carreira, e, assim, não compartilháveis com outros agentes públicos, mesmo quando detentores da mesma formação profissional, como ocorre no caso das Carreiras da Advocacia Pública. Vale dizer, não basta a quem quer que seja ser *bacharel em Direito* para exercer tais atribuições, mas *integrar carreira específica* da Advocacia Pública.

Se uma categoria é definida, em face de suas atribuições, como responsável pelo exercício de uma atividade exclusiva de Estado, isso traduz-se na necessidade de ela ter garantias especiais para o exercício desse tipo de atividade, não podendo ser submetida a um regime jurídico que não inclui, dentre as suas características, o instituto da estabilidade. Conforme Adilson Abreu Dallari:

“(...) existem funções que exigem do servidor incumbido de desenvolvê-las uma especial inerência, especiais garantias, por força da especial dose de autoridade, de autonomia e de fidelidade requeridas para o seu exercício. É o caso das funções de fiscalização, do serviço diplomático, dos Delegados de Polícia, dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Somente o regime estatutário (que se opõe à idéia de regime contratual, como é o celetista) pode conferir a tais agentes o elevadíssimo grau de autonomia funcional indispensável para o exercício de suas elevadas funções.(...)”²

A Lei nº 6.185, de 11 de setembro de 1974, que dispunha sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, editada em contexto constitucional em que inexistia a obrigatoriedade

² DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 2ª ed. p. 49.

de um *regime jurídico único* para os servidores, estabeleceu a seguinte conceituação em seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 6.856, de 1980)

Art. 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração.

Assim, havia como pressuposto para o tratamento diferenciado, do ponto de vista do *regime jurídico*, e, conseqüentemente, da atribuição da estabilidade, então vinculada à titularidade de cargo público e ao funcionário admitido por concurso pela Constituição de 1967/69, o exercício de *atividade inerente ao Estado e sem correspondência no setor privado*. Assim, a nota da “exclusividade” já estava presente nessa Legislação, assim como o rol restrito de atividades então reconhecidas como tal.

Tratava-se, porém, de norma de aplicação restrita, e incompleta, sem levar em consideração a própria natureza das atribuições, tanto que, de sua aplicação, foram excluídas categorias detentoras de poder de polícia administrativa, como os então Fiscais do Trabalho, e, na esfera jurídica, os demais cargos do Grupo-Serviços Jurídicos, conforme definido pelo Decreto nº 72.823, de 21 de setembro de 1973.

Na forma desse instrumento normativo, regulamentado as categorias funcionais que integravam o Grupo-Serviços Jurídicos, achavam-se contemplados, além dos cargos de Procurador da Fazenda Nacional, expressamente mencionado pelo referido art. 2º da Lei nº 6.185/74, as categorias funcionais de *Assistente Jurídico e Procurador Autárquico* que, no curso da evolução da implementação das Carreiras da Advocacia Pública, vieram a dar origem às carreiras de Advogado da União e Procurador Federal.

A EC 19, de 1998, incorporou, na forma do novo art. 247 da Constituição, a previsão de que o servidor público estável que, em decorrência das **atribuições de seu cargo efetivo** deveria contar com *critérios e garantias especiais* para a perda do cargo nas hipóteses de *excesso de despesas e desempenho insuficiente*, sendo essa definida em lei complementar.

Isso fica explícito na forma como a Carta Magna trata a matéria. A questão das atividades exclusivas de Estado está presente em seu art. 247, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, *verbis*:

“Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor

público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

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

Ou seja, o que estabelece o art. 247 da Lei Maior é que **não basta** ao servidor que desenvolve atividades exclusivas de Estado **ser estável**. Ele deve ter, ainda, **garantias especiais** contra a possibilidade de perda de seu cargo, além da estabilidade ordinária dos demais servidores públicos. Isso **impede** que se submetam aqueles servidores, ou qualquer um que exerça tais atividades, a um regime jurídico que não conduz à estabilidade, donde decorre a indelegabilidade de seu exercício a pessoas de direito privado.

Com isso, a EC 19/98 adotou, ainda que sem uma definição clara do ponto de vista constitucional ou doutrinário, a noção esboçada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, e demais documentos oficiais elaborados pelo Governo na oportunidade³, que apontavam a divisão do Estado em “núcleos”, sendo um deles o “Núcleo de Atividades Exclusivas”, que definiria “o Estado enquanto pessoal”, e composto por atividades como *polícia, regulamentação, fiscalização, fomento e seguridade social básica*.

Segundo aquela concepção,

“... os servidores públicos, e, portanto, integrantes de carreiras de Estado, serão apenas aqueles cujas atividades estão voltadas para as atividades exclusivas de Estado, relacionadas com a formulação, controle e avaliação de políticas públicas e com a realização de atividades que pressupõem o Estado enquanto pessoal. Para a realização de atividades auxiliares como manutenção, segurança e atividades de apoio diversas será dada continuidade ao processo de terceirização, transferindo-as para entidades privadas.

O fortalecimento dos profissionais atuando nas áreas exclusivas de Estado é um requisito para garantir a qualidade e a continuidade da prestação de serviços e o alcance do interesse público com a descentralização da prestação de atividades de Estado. O novo papel do Estado pressupõe assim o fortalecimento das carreiras voltadas para a formulação, controle e avaliação das políticas públicas, bem como, para atividades exclusivas de Estado. Uma vez que as novas funções estão relacionadas com decisões estratégicas de Estado, as carreiras a serem fortalecidas não as de nível superior associadas ao desempenho de tais competências.”⁴

A fim de dar sustentação teórica e conceitual ao processo de “reinstitutionalização” da Administração Pública, contornando os limites das figuras jurídicas contempladas pelo Decreto-Lei n.º 200/67 e incorporadas ao ordenamento constitucional, estabeleceu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado uma concepção baseada na classificação das instituições públicas conforme as suas atividades, para definir o grau de intervenção da reforma e a autonomia a ser conferida a cada entidade.

³ Ver BRASIL, MARE. A Nova Política de Recursos Humanos. Cadernos MARE da Reforma do Estado, n.º 11, Brasília: MARE, 1997, 48 p., p. 22.

⁴ Idem, ibidem. p. 26.

Segundo os documentos elaborados pelas áreas técnicas do governo responsáveis pela concepção, ela pode ser assim resumida:

Figura 1 - Setores do Estado, formas de propriedade e de administração

		FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO		INSTITUIÇÕES
		Estatal	Pública Não Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial	
Atividades Exclusivas do Estado	NÚCLEO ESTRATÉGICO Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios	●				●	Secretarias Formuladoras de Políticas Públicas Contrato de Gestão
	ATIVIDADES EXCLUSIVAS Polícia, Regulamentação Fiscalização, Fomento, Seguridade Social Básica	●				●	Agências Executivas e Autônomas
	SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Publicização	●			●	Organizações Sociais
	PRODUÇÃO PARA O MERCADO Empresas Estatais	Privatização		●		●	Empresas Privadas

Fonte: Uma nova política de recursos humanos. Cadernos MARE n.º 11, 1997, p. 27.

Em documentos elaborados posteriormente à edição do Plano Diretor, o ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado acrescentou à sua conceituação elementos que permitem inferir, de maneira mais completa, qual o alcance da classificação proposta:

“Considerando que o núcleo estratégico atua essencialmente no planejamento, formulação e avaliação das políticas públicas, será necessária, nesta área, a organização de quadros e carreiras com alta qualificação técnica e visão global do processo decisório do Estado, porque caberá a estes quadros subsidiar o processo de formulação das políticas governamentais. Ressalte-se que há, hoje, uma grande precariedade no aparelhamento dos Ministérios para este trabalho, resultado da negligência com que foi tratada a organização e o desempenho dos órgãos da administração direta.

O setor de atividades exclusivas, por operacionalizar serviços tipicamente estatais, que pressupõem o exercício dos poderes típicos da função estatal, como arrecadação, fiscalização, etc deverá dispor de carreiras e cargos com alta especialização, qualificados para a prestação dos serviços exclusivos do Estado, com eficiência e eficácia. Muitas destas atividades poderão ser estruturadas sob a forma de Agências Autônomas⁵ - modalidade de organização dotada de maior agilidade e flexibilidade de gestão. Submetidas a novas formas de supervisão e fiscalização, baseadas no controle de resultados a posteriori a partir de metas previamente negociadas com o Governo (substituindo o ultrapassado e ineficiente controle de procedimentos), as Agências exigirão a maior responsabilização dos dirigentes em relação ao atingimento dos resultados acordados, e deverão dispor,

⁵ Posteriormente, o MARE passou a adotar a denominação “Agências Executivas”, incorporada à legislação ordinária por meio de medida provisória, finalmente convertida na Lei nº 9.649/98, atualmente em vigor.

além disso, de maior autonomia administrativa e financeira, favorecendo as condições para a gestão.”⁶

Enquanto o Núcleo Estratégico alcançaria os servidores responsáveis pela própria definição dos fins estatais, a partir de sua atuação no processo de formatação das políticas públicas e sua viabilização, o *Núcleo de Atividades Exclusivas* é o *locus* onde se inserem as atividades que só o *Estado pode executar*. Da mesma forma que no Núcleo Estratégico, são exercidas *atividades exclusivas do Estado*, mas, nesse setor, identifica-se o exercício do “poder extroverso” do Estado, que se materializa no poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar, cobrar e fiscalizar tributos, no poder de polícia, na prestação de serviços previdenciários básicos, etc.

Para Hely Lopes Meirelles⁷,

“Algumas dessas atividades exclusivas são desempenhadas por servidores vitalícios, como os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Portanto, somente outras atividades exclusivas de Estado é que deverão ser indicadas pela lei; dentre elas, por certo, as dos policiais, dos advogados públicos, dos diplomatas, dos pesquisadores científicos, dos agentes de saneamento básico, dos agentes fiscais de tributos, de previdência, do sistema bancário e financeiro, de normas sanitárias. e de outras funções peculiares ao exercício do poder de polícia. Portanto, as atividades exclusivas de Estado são aquelas inerentes ao chamado poder extroverso do Estado, consistentes em regulamentar, fiscalizar e fomentar. Nessa linha, o inc. XXII do art. 37, na redação dada pela EC 42, de 19.12.2003, diz que as administrações tributárias são atividades essenciais ao funcionamento do Estado e terão recursos prioritários para a realização de suas atividades, atuando de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de seus cadastros e informações, na forma da lei ou convênio.”

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, o “poder extroverso” está associado ao caráter de *imperatividade* do ato administrativo, que é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Trata-se de conceito elaborado por Renato Alessi, que chama de “poder extroverso” a capacidade do Poder Público “de editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”⁸.

Conforme ensina Paulo Modesto, o conceito é empregado para os fins de classificar a ação administrativa sob o critério formal, e estritamente jurídico. Para Alessi, as funções públicas são tidas como “formas de emanção de atos de produção jurídica, formas de introduzir alterações numa ordem jurídica dada, com alcance e efeitos diversos”. Nesse contexto, a administração é definida como

⁶ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Respostas às Questões Formuladas pela Dep. Telma de Souza. MARE, dez. 1995.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª. Ed, p. 561.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32a. Edição, 2015, p. 427)

*“a emanação de atos de produção jurídica complementar, pois são aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa; nessa atividade, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, a semelhança do que ocorre nas relações de direito privado, **mas com a diferença de agir como parte em situação de superioridade, podendo unilateralmente intervir na esfera jurídica de terceiros (poder extroverso)**”.*⁹

A conceituação de ambos os setores dada pelo Plano Diretor, no entanto, não é suficiente para que se identifique o exato alcance do *conceito constitucionalizado* pela EC 19/98. Na verdade, sob um olhar mais crítico, pode-se mesmo perceber uma certa *confusão* entre ambos os setores, à medida que seu alcance tende a *ampliar-se* estabelecendo uma zona de intersecção crescente. Como assegurar ou cobrar o cumprimento das decisões de governo, sem que o **Núcleo Estratégico** seja dotado também de poder extroverso ou instrumentos que vão além da cúpula de cada Poder, é uma questão não respondida pelo Plano Diretor, mas que exige soluções no momento da implementação de tais conceitos e construções teóricas.

Para regulamentar essa disposição constitucional, foi enviado em 1999 ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei Complementar nº 248, que, aprovado pela Câmara e pelo Senado, aguarda, desde 1999, apreciação conclusiva de emendas do Senado. Contudo, o texto aprovado em ambas as Casas, prevê em seu art. 15:

*“Art. 15. Desenvolvem atividades exclusivas de Estado, no âmbito da Poder Executivo da União, os servidores integrantes das carreiras, ocupantes dos cargos efetivos ou alocados às atividades de **Advogado da União, Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, Defensor Público da União, Juiz do Tribunal Marítimo, Procurador, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador da Procuradoria Especial da Marinha, Analista e Inspetor da Comissão de Valores Mobiliários, Analista Técnico da Superintendência de Seguros Privados, Auditor-Fiscal de Previdência Social, Auditor-Fiscal e Técnico da Receita Federal, Especialista do Banco Central do Brasil, Fiscal de Defesa Agropecuária, Fiscal Federal de Tributos, fiscalização do cumprimento da legislação ambiental, Fiscalização do Trabalho, Analista e Técnico de Finanças e Controle, Analista e Técnico de Orçamento, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Técnico de Planejamento, código P-1501, Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e demais cargos técnicos de provimento efetivo de nível superior ou intermediário integrantes dos quadros de pessoal dessa fundação destinados à elaboração de planos e orçamentos públicos, Policial Federal, Policial Ferroviário Federal, Policial Rodoviário Federal, Diplomata, Policial Civil federal e Agente Fiscal federal integrantes de quadro em extinção dos ex-Territórios Federais, assegurando-se a preservação dessa condição inclusive em caso de transformação, reclassificação, transposição, reestruturação, redistribuição, remoção e alteração de nomenclatura que aferem os respectivos cargos ou carreiras sem modificar a essência das atribuições desenvolvidas.”***

Assim, já no âmbito daquela deliberação do Poder Legislativo, se dava aos cargos integrantes da **Advocacia Pública** - Advogado da União, Assistente Jurídico da

⁹ MODESTO, Paulo. Função Administrativa. Revista do Serviço Público nº 119, p. 95-119, mai./dez. 1995, p. 112.

Advocacia-Geral da União, Procurador, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União, Procurador da Fazenda Nacional, o reconhecimento da condição de *cargos responsáveis por atividades exclusivas de Estado*, com os consentâneos assegurados em termos de garantias regulares, decorrentes da própria estabilidade, e especiais, decorrentes da natureza de suas atribuições, contra a perda do cargo.

A referida proposição, até esta data, não se converteu em lei e, à míngua dessa legislação complementar que cumpra o disposto no art. 247 da Constituição, algumas tentativas de “definição” de carreiras exclusivas de Estado foram encetadas. Poucas, porém, com êxito, como ocorrido no caso da Carreira de Delegado da Polícia Federal, nos termos da Lei nº 9.266, de 1996, alterada pela Lei nº 13.047, de 2014, que assim define em seu art. 2º-A:

“Art. 2º-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado.”

É de se notar que a opção do Legislador, nesse caso, se deu de forma limitada, não reconhecendo o mesmo *status* aos demais cargos que exercem igualmente atividades exclusivas de Estado, no âmbito da mesma instituição: Agentes de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Escrivães, todos eles, atualmente, cargos de nível superior, não foram por ela considerados como titulares do mesmo reconhecimento legal.

Em linha semelhante, mas não tão “explícita”, a Lei nº 13.464, de 2017, promoveu alteração ao art. 1º da Lei nº 11.457, de 2007, de forma a assegurar o *status* de atividade essencial e indelegável às atividades *da administração tributária e aduaneira* exercidas pelos servidores da Receita Federal, quaisquer que sejam:

“Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União.

Parágrafo único. São essenciais e indelegáveis as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil.” (NR)

A redação dada ao “caput” segue, em linhas gerais, o já previsto no art. 37, XXII da Constituição, com a redação dada pela EC 42/2003, que define as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com “**atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas**”. Quanto ao parágrafo único, porém, ele busca extrair, do “caput”, por extensão, a noção de que o exercício das atividades do órgão exercidas pelos seus “quadros

funcionais”, independentemente do cargo, assegura a todos eles, e notadamente os integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira, que detém atribuições privativas, ou acessórias delas, nos termos da Lei nº 10.593, de 2002, a proteção estabelecida pelo art. 247 da CF.

Ratificando o entendimento supra mencionado quanto à impossibilidade de se considerar o caráter de “exclusividade” em função do órgão de exercício, em 15 de dezembro de 2006, o Presidente da República vetou o art. 23 da Lei nº 11.416, de 15 de dezembro, resultante do Projeto de Lei nº 97, de 2006 (nº 5.845/05 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União”, o qual assim previa:

“Art. 23. Os ocupantes dos cargos de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário executam atividades exclusivas de Estado.”

O veto presidencial fundamentou-se no entendimento de que “O alcance da expressão ‘atividade exclusiva de Estado’ é controvertido na doutrina que se debruça sobre o tema.” E aponta:

“Parte dela entende, de forma restritiva, que, afora os membros de Poder, as atividades exclusivas de Estado seriam apenas relativas à regulamentação, fiscalização e fomento.

Outros setores especializados, identificando atividade exclusiva de Estado com carreira típica de Estado, entendem que tais atividades são apenas as exercidas por diplomatas, fiscais, administradores civis, procuradores e policiais.

*A despeito do dissenso travado acerca do referido conceito, bem como da confusão que muitas vezes se faz entre atividade típica e carreira típica de Estado, temos que, de fato, a Carta Constitucional conferiu à lei o mister de determinar quais as carreiras e as atividades que devem ostentar tal título. Tal redação do art. 247 da **Lex Legum**:*

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

Como se pode auferir da leitura, a liberdade do legislador, nesse aspecto, não é irrestrita. Isto porque a Constituição Federal, na parte final do dispositivo acima transcrito, vincula a classificação de atividade exclusiva de Estado às atribuições do cargo efetivo e não ao Poder ou órgão de exercício deste.

Depreende-se, portanto, que a Lei Maior, pretendendo revestir os ocupantes de determinados cargos de maiores garantias de estabilidade funcional, delimitou um âmbito de incidência dentro do qual poderá a norma infraconstitucional atuar, estabelecendo um critério orientador da definição de atividade exclusiva de Estado.

Essas garantias, assim, não podem ser concedidas pelo legislador a quaisquer cargos sem apreciação de critérios objetivos atinentes às atribuições destes, sob pena de ferir, inclusive, o princípio da isonomia entre os servidores públicos civis.

Isto é, se a atividade de apoio operacional exercida no âmbito do Poder Judiciário federal é considerada exclusiva de Estado, não há razão, pela dicção constitucional, para que aquela praticada no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo não seja assim considerada, haja vista não haver, em essência, diferença de atribuições entre elas. Do contrário, estar-se-ia criando um privilégio injustificado.

Assim, temos que a definição do que seja atividade exclusiva de Estado deve manter relação estreita com a natureza do cargo contemplado e das funções empreendidas pelo seu ocupante, bem como pelo seu posicionamento estratégico dentro da administração pública, o que justificaria o tratamento diferenciado em relação aos demais cargos públicos e melhor se enquadraria no âmbito conceitual da Constituição.”¹⁰

Em 2013, a Presidente da República vetou integralmente o Projeto de Lei nº 6.127, de 2009, que pretendia assegurar aos servidores do IBGE o tratamento de “atividade exclusiva de Estado. Além de ser resultante de iniciativa parlamentar, ferindo o art. 61, § 1º, II, “c” da Constituição, a proposição mereceu o veto por não se coadunar com o art. 247 que “deve ser interpretado restritivamente quanto às atividades exclusivas de Estado, limitando a atividade legislativa com base nas atribuições do cargo efetivo, não quanto ao órgão de exercício das atividades do servidor”.¹¹

Segundo o consagrado Magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“A lei terá, certamente, que enfrentar a difícil tarefa de definir quais sejam as atividades exclusivas de Estado, podendo-se adiantar que abrangerão, certamente, pelo menos, as **carreiras institucionalizadas pela Constituição** (Magistratura, Ministério Público, **Advocacia Pública**, Defensoria Pública, Polícia), além de outras atividades inerentes ao próprio conceito de Estado, como diplomacia, polícia, controle, fiscalização. A Lei n. 9.801, de 14.6.99, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, contém dois dispositivos que se referem à perda do cargo pelo servidor que exerce atividade exclusiva de Estado: o artigo 2º, § 1º, inciso IV, pelo qual o ato normativo a que se refere o artigo 169, § 4º, da Constituição, entre outros requisitos, deverá especificar “os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; e o artigo 3º determina que “a exoneração de servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, observará as seguintes condições: I - somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos; II – cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado”. Como se vê, **o dispositivo estabelece os requisitos, mas não define as atividades exclusivas de Estado. Para conciliar os dois dispositivos, tem-se que entender que, ao baixar o ato normativo, o Chefe de Poder indicará os critérios para identificação dos servidores que exercem atividade exclusiva de Estado, devendo, para esse fim, extrair do ordenamento jurídico vigente as normas legais que permitam a identificação desse tipo de atividade, já que não existe lei específica que contenha essa definição”** (In *Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Editora Forense, p. 774) (grifo nosso)*

A definição a ser adotada para a aplicação do conceito, portanto, requer a adoção de critérios classificatórios, que levem em conta *atribuições específicas*, privativas ou não de cada carreira, evitando-se, portanto, a mera consideração de um órgão de exercício como critério para esse fim. Contudo, sendo as atribuições dos cargos, e suas

¹⁰ Mensagem Presidencial nº 1.141, de 15 de dezembro de 2006.

¹¹ Mensagem Presidencial nº 65/2013-CN.

atividades, decorrentes das competências estatais a serem exercidas por meio de órgãos aos quais prestam serviços, é necessário **também** considerar a própria natureza de órgãos que exercem *atividades típicas ou exclusivas de Estado*.

3. A Advocacia Pública e suas prerrogativas constitucionais

Ciente da importância da Advocacia Pública para a proteção do interesse público e a consecução dos fins legítimos da Administração Pública no âmbito do Estado Democrático de Direito, a Carta de 1988 dedicou a Seção II – Da Advocacia Pública do Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – da Organização dos Poderes, ao tratamento da Advocacia-Geral da União, dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e suas prerrogativas.

Com efeito, como aponta André Rodrigues Cyrino

“O advogado de Estado não é mais um procurador do patrimônio e dos interesses do rei, mas um agente que deve estar a serviço do Estado Democrático de Direito. O maior marco de consolidação normativa desse processo foi a promulgação da Constituição de 1988. A Carta Cidadã alçou a Advocacia de Estado, enquanto atividade separada das demais procuraturas públicas, a um status inédito de especialização e autonomia. A realidade, contudo, é diversa daquela prevista na Constituição. Advogados de Estado, muitas vezes, têm a sua carreira diminuída com políticas de esvaziamento institucional e quebra de isonomia (inclusive salarial) com os outros braços da Advocacia Pública. Pior: se não mais existem mais advogados do rei, há, ainda, advogados de governos patrimoniais e voltados aos interesses eleitorais de suas chefias.”¹²

Segundo José Afonso da Silva,

“A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um munus e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”, como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. 2. Pois bem, a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo” quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo. suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado”. Pois, o “arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares.”¹³

¹² CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica#anchor-titulo-index-14>

¹³ SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo nº 230, out-

Gustavo Binenbojm, ao analisar o papel da Advocacia Pública e sua identidade institucional, coloca como premissa a relação de imbricação lógica indissociável entre a Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito, destacando a missão da Advocacia Pública de “estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos”, colocando-as sob o “quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico”, ou seja, subordinado aos princípios da legalidade e moralidade. E destaca:

“O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.”¹⁴

Presentes esses pressupostos de legitimidade e responsabilidade, o art. 131 remeteu à Lei Complementar dispor sobre a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União, definida como a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, em caráter privativo, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Nos termos do § 2º, dispôs a norma que o ingresso nas classes iniciais das carreiras da Advocacia Geral da União ou seu órgão vinculado, far-se-ia mediante concurso público de provas e títulos, homenageando, assim, o princípio do mérito como regra máxima a reger o ingresso e desenvolvimento nas mesmas. O § 3º estabeleceu, ainda, a exclusividade da execução da dívida ativa de natureza tributária por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

No tocante aos Estados e ao Distrito Federal, o art. 132 previu que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão, também com caráter de *exclusividade*, a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, assegurada aos procuradores estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Na esfera Federal, a disciplina das Carreiras da Advocacia Pública se deu de forma progressiva, a começar, em 1993, pela aprovação da Lei Complementar nº 73/93, regulamentando o art. 131 da Constituição.

A Lei Complementar nº 73/93, definindo as competências da Advocacia-Geral da União como “a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente”, e as

dez 2002, p. 281-289.

¹⁴ BINEMBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito . Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, por meio dos órgãos que compõem a sua estrutura, de âmbito nacional, previu que são seus membros o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, **os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.**

Essas carreiras tiveram a sua constituição definida a partir de cargos novos, a serem providos por meio de concurso público, e cargos já existentes, como os membros da Carreira da Procuradoria da Fazenda Nacional, já existente no âmbito do Ministério da Fazenda, e os cargos de Assistente Jurídico (composta a partir da categoria funcional de Assistente Jurídico do PCC). A composição da Carreira de Advogado da União se daria, inicialmente, por aproveitamento de Procuradores da República optantes nos termos do § 2º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁵, ou por concurso público.

Definiu-se, também, como clientela isonômica, os procuradores autárquicos e das fundações públicas, na condição assumida por tais entidades como *órgãos vinculados à Advocacia Geral da União*, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei Complementar nº 73/93¹⁶, e, também por força do disposto no art. 29 do ADCT, que assegurou, até que fossem aprovada aquela Lei Complementar, a continuidade do *status quo* ante.

A Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, promoveu a transposição para as carreiras da Advocacia-Geral da União os cargos efetivos de Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional e Procurador da Fazenda Nacional, e os de Assistente Jurídico da Administração Federal direta, cujos titulares houvessem sido investidos de acordo com normas constitucionais e ordinárias, anteriores a 5 de outubro de 1988, desde que estáveis, ou, após essa data, mediante concurso público ou aproveitamento (§ 3º do art. 41 da CF).

Em 1999, na forma da Medida Provisória nº 1.798, de 13 de janeiro, ainda hoje vigente na forma da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, foram transpostos para a Carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, os cargos efetivos da Administração Federal direta, privativos de bacharel em Direito, cujas atribuições, fixadas em ato normativo hábil, tivessem conteúdo eminentemente jurídico e correspondesse àquelas de assistência fixadas aos cargos da referida Carreira, ou as abranjam, e cujos ocupantes estáveis no serviço público tivessem sido nomeados por concurso ou, anteriormente a 5 de outubro de 1988, houvesse sido investidos em cargo efetivo ou

¹⁵ “Art. 29. (.....) § 2º Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 3º Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

¹⁶ § 3º - As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas são órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União.

emprego permanente, privativo de bacharel em Direito, de conteúdo eminentemente jurídico, conforme as normas constitucionais e legais então aplicáveis.

Em 2000, a Medida Provisória nº 2.048-26, de 29 de julho, ora vigente nos termos da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, criou a Carreira de Procurador Federal, mediante a transformação dos cargos de Procurador Autárquico, Procurador, Advogado e Assistente Jurídico de autarquias e fundações públicas federais, exceto os de Procurador do Banco Central do Brasil.

Em 2002, a Medida Provisória nº 43, de 25 de junho, convertida na Lei nº 10.549, de 13 de novembro, promoveu novos ajustes nas carreiras da AGU. Foram transformados em cargos de Advogado da União os cargos efetivos, vagos e ocupados, da Carreira de Assistente Jurídico, com o enquadramento no cargo de Advogado da União dos titulares desses cargos, excetuados os integrantes do quadro suplementar, composto pelos servidores que não foram transpostos originalmente por não terem sido investidos regularmente em seus cargos.

Essa sucessão de medidas promoveu, assim, uma simplificação e racionalização das carreiras jurídicas, reconhecendo, em grande medida, a *unidade e identidade* das Carreiras da Advocacia Pública, em face da de suas atribuições diferenciadas e privativas, diferenciadas, tão somente, em face do órgão ou da entidade a que prestam serviços.

Nesse sentido, a criação da *Procuradoria Geral Federal* pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, foi uma etapa de grande relevância.

A Lei em tela criou a Procuradoria-Geral Federal, à qual foi assegurada autonomia administrativa e financeira. vinculada à Advocacia-Geral da União, e sob a sua supervisão. À Procuradoria-Geral Federal foi reservada a competência para a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial. Os cargos, e seus ocupantes, da Carreira de Procurador Federal, passaram a integrar quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal, sob a gestão do Advogado-Geral da União.

Assim, embora seja órgão vinculado à AGU, a Procuradoria-Geral Federal e seus servidores exercem, no plano setorial das autarquias e fundações públicas, as mesmas atribuições e competências que, no âmbito da União, são de responsabilidade dos Advogados da União e, relativamente à execução da dívida ativa de natureza tributária, aos Procuradores da Fazenda Nacional. Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao se pronunciar e, em 18 de dezembro de 2002, no julgamento da ADI 2.713. Segundo o voto da Relatora, além da "forte identidade de atribuições" entre os assistentes jurídicos e advogados da União e de seus requisitos de ingresso no cargo, a identidade da tabela de vencimentos e a racionalidade da transformação seriam suficientes para afastar a

ocorrência de inconstitucionalidade e demonstrar a conveniência da unificação de cargos promovida.

O reconhecimento desse liame entre *cargos efetivos* e o assento constitucional do órgão a que prestam serviços é mais do que suficiente para evidenciar o caráter de *exclusividade* ou *tipicidade* das atribuições exercidas.

Se apenas e somente um órgão estatal é capaz de exercer as competências previstas no texto Constitucional, ou de prestar os serviços nele definidos, a mesma condição se transfere aos que prestam, em nome do Estado, tais serviços ou exercem tais atividades, que constituem em *múnus público*. Com efeito, a atividade jurídica, exercida pelos advogados públicos, insere-se no conceito amplo albergado pelo art. 133 da Constituição:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Não obstante o dispositivo esteja direcionado, de forma mais imediata, ao *advogado privado*, mais ainda se há de considerar presente tal condição *quando se tratar de agentes públicos*, cuja inviolabilidade no exercício da defesa do interesse público somente pode ser assegurada se lhe forem asseguradas as garantias que a titularidade de cargo público *efetivo* assegura, e em caráter *ampliado* como requer o art. 247 da Constituição. E, com efeito, o art.3º, parágrafo 1º do Estatuto da Advocacia, não deixa margem a dúvidas:

“Art. 3º

§ 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração direta e fundacional.”

E, no dizer de José Afonso da Silva, o “relevo, a essencialidade e indispensabilidade da Advocacia Pública, desde sempre, revela ser ela ínsita à estrutura do Estado”¹⁷.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem firmando entendimentos que fortalecem a tese da *tipicidade e exclusividade estatal* das atividades da Advocacia Pública.

No recente julgamento da ADI 5.437, Relatora a Min. Carmen Lucia, firmou-se tese que reconhece, à Advocacia Pública, a natureza de atividade *exclusiva de Estado*, para os fins da garantia contra a perda do cargo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INC. V DO ART. 17, INC. V DO ART. 27 E AL. D DO INC. IV DO ART. 135 DA LEI COMPLEMENTAR N. 1.270 DO ESTADO DE SÃO PAULO (LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO). PERDA DO CARGO PÚBLICO POR INEFICIÊNCIA. AVALIAÇÃO PERIÓDICA DE DESEMPENHO. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INC. III DO § 1º DO ART. 41 E ART. 247, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE

¹⁷ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 282.

INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A estabilidade no serviço público é instrumento posto no sistema como instrumento garantidor do exercício do cargo público de forma impessoal, técnica, moral e eficiente. **2. Pela interpretação sistemática do parágrafo único do art. 247 e do inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República, a lei complementar pela qual se regulamenta o procedimento da avaliação periódica de desempenho, é aplicável aos ocupantes do cargo de procuradores do Estado e do Distrito Federal que exercem atividade típica de Estado.** 3. Nas normas impugnadas estaduais não se disciplina procedimento autônomo de avaliação periódica de desempenho prevista no inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República a contrariar a repartição de competências constitucionais. 4. É constitucional a norma legal pela qual se impõe demissão por ineficiência no serviço público, apurada em processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa. Hipótese prevista no inc. II do § 1º do art. 41 da Constituição da República que não equivale à perda de cargo público por avaliação de desempenho a que se refere o inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição da República. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.** “(ADI 5437, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020) (grifo nosso).

Em seu Voto, consignou a Relatora:

“O procurador de Estado e do Distrito Federal desempenha atividade típica de Estado, havendo de atuar com independência técnica no exercício de suas atribuições, destinadas à defesa dos interesses institucionais do Estado, não se confundindo eles com interesses dos governantes, submetendo-se ao controle de legalidade dos atos estatais.

Sobre a advocacia pública na Constituição de 1988, José Anacleto Abduch Santos anotou:

“Pela acepção constitucional, **quando estiver em causa o interesse público na dimensão da atuação das pessoas jurídicas de direito público, notadamente os entes federados, a justiça – no âmbito administrativo ou judicial – somente será legitimamente obtida mediante participação e contribuição efetiva da advocacia pública.** Por participação e contribuição efetiva entende-se aquela situação jurídica na qual as funções de advogado público possam ser exercidas com independência e autonomia intelectual e funcional, **sem influência do caráter coercitivo, seja de que natureza for, tendo por objeto tão somente o interesse público insito no plexo de competências da entidade pública**” (In: *Direito Constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes*. CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 903) (grifo nosso).

Não deixa margem a dúvida, portanto, o Voto, quanto à presença do caráter de exclusividade e tipicidade, a ser aplicado, por igualdade de atribuições e função estatal, além de tratamento em lei complementar, a toda a *Advocacia Pública*.

No tocante à abrangência do tratamento constitucional assegurado à *Advocacia Pública*, no RE 558258, Relator o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, reconheceu a Corte a igualdade de tratamento:

“**EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SUBTETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO “PROCURADORES”. PROCURADORES AUTÁRQUICOS**

*ABRANGIDOS PELO TETO REMUNERATÓRIO. ALTERAÇÃO QUE, ADEMAIS, EXIGE LEI EM SENTIDO FORMAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – A referência ao termo “Procuradores”, na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, **uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988.** II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de resto, é firme no sentido de que somente por meio de lei em sentido formal é possível a estipulação de teto remuneratório. III - Recurso extraordinário conhecido parcialmente e, nessa parte, improvido.” (RE 558258, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-051 DIVULG 17-03-2011 PUBLIC 18-03-2011 EMENT VOL-02484-01 PP-00188) (grifo nosso).*

Ademais disso, já na ADI 881-MC, Rel. o Ministro Celso de Mello, julgada em 1993, a Corte firmou o entendimento da exclusividade da atividade de assessoramento jurídico por servidor de Carreira:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.” (ADI 881 MC - Tribunal Pleno. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 02/08/1993, Publicação: 25/04/1997)

No julgamento da ADI 4.261, Relator o Min. Ayres Britto, a Corte seguiu o mesmo entendimento:

“A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da CF. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.” [ADI 4.261, rel. min. Ayres Britto, j. 2-8-2010, P, DJE de 20-8-2010]

Na ADI 4.283, Rel. o Ministro Celso de Mello, também foi adotado entendimento fortalecendo a necessidade de garantias contra a perda do cargo, também relativamente às Procuradorias dos Estados:

“(…)O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado,

o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – **A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. (...)**” (ADI 4.843 MC-ED-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 11-12-2014, P, DJE de 19-2-2015) (grifo nosso)

E, ainda no caso dos Procuradores Estaduais, restou reconhecida pela Corte a exclusividade de suas atribuições, frente ao art. 132, que reflete o modelo federal, no âmbito estadual, como demonstra a decisão na ADI 6.397-MC, Rel. o Min. Roberto Barros:

“**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR. LEI ESTADUAL QUE ATRIBUI A CONSULTORIA E O ASSESSORAMENTO JURÍDICO DE AUTARQUIA A AGENTES QUE NÃO SÃO PROCURADORES DO ESTADO. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Lei nº 7.751/2015, do Estado de Alagoas, que, ao reestruturar a gestão do regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais, criou a autarquia denominada ALAGOAS PREVIDÊNCIA, como unidade gestora única, estruturando seus órgãos internos e definindo as respectivas competências. Atribuição de funções de consultoria e assessoramento jurídico a órgãos e agentes da própria autarquia, em estrutura paralela à Procuradoria-Geral do Estado. 2. Plausibilidade do direito alegado. O art. 132 da Constituição Federal confere às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal a atribuição exclusiva das funções de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico das unidades federativas. O exercício da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado, organizados em carreira única. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta. Precedentes. 3. Perigo na demora. Notícia da prática recente de típicos atos de assessoria jurídica pelos órgãos da ALAGOAS PREVIDÊNCIA, sem a participação da Procuradoria-Geral do Estado. Além disso, risco de prejuízo aos cofres públicos, em decorrência de multas aplicadas ao Estado por mora no cumprimento de ordens e decisões judiciais. Situação fática resultante do quadro normativo impugnado, cuja permanência poderá produzir efeitos de difícil reversão. 4. Medida cautelar deferida, para que, até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade: (i) seja conferida interpretação conforme a Constituição ao inciso V e aos §§ 4º e 8º do art. 7º da Lei nº 7.751/2015, do Estado de Alagoas, para que o cargo de Diretor Jurídico da ALAGOAS PREVIDÊNCIA, bem como seus eventuais substitutos, seja necessariamente ocupado por um Procurador do Estado; (ii) seja suspensa a eficácia da palavra “jurídica” no inciso VII do art. 13 da Lei nº 7.751/2015, do Estado de**

Alagoas, para que se assegure a exclusividade da competência da Procuradoria-Geral do Estado para prestar consultoria jurídica e dirimir questões jurídicas na administração pública estadual, em que se inclui a atribuição de editar resoluções com o fito de consolidar entendimentos na área jurídica; (iii) seja conferida interpretação conforme a Constituição ao Anexo I da referida lei, nas disposições que definem as atribuições do cargo de analista previdenciário da área jurídica da ALAGOAS PREVIDÊNCIA, para que o assessoramento jurídico ali previsto seja compreendido como atividade instrumental, de assistência e auxílio aos Procuradores do Estado, aos quais incumbe constitucionalmente a consultoria jurídica e a representação judicial daquela autarquia. Ficam suspensas, portanto, quaisquer interpretações do Anexo I da Lei nº 7.751/2015, do Estado de Alagoas, que concluam no sentido de que os analistas previdenciários poderiam desempenhar, por si mesmos, competências exclusivas da Procuradoria-Geral do Estado. 5. Interpretação teleológica do art. 11, § 1º, e analógica do art. 27, ambos da Lei nº 9.868/1999, para determinar que os efeitos da presente medida cautelar deverão incidir somente após 60 (sessenta) dias, a contar da intimação da última autoridade responsável pelo ato normativo impugnado (Governador do Estado ou Presidente da Assembleia Legislativa).” (ADI 6397 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 02-10-2020 PUBLIC 05-10-2020) (grifo nosso)

Assim, para além mesmo do já discutido pelo Congresso Nacional, durante a tramitação do Projeto de Lei Complementar nº 248/99, em que as carreiras da Advocacia Pública tiveram reconhecida a sua condição de atividade *exclusiva de Estado*, o Supremo Tribunal Federal, de forma transparente, também vem reconhecendo essa condição, ao firmar, na forma dos julgados supratranscritos, entendimentos que corroboram a tese da doutrina quanto a tal configuração.

E, se não fosse suficiente o assento constitucional da Advocacia Pública, e seu papel fundamental para o Estado de Direito e a segurança jurídica, que somente pode ser exercido por servidores de carreira, protegidos de perseguições, punições ou retaliações em virtude de seus posicionamentos técnico-jurídicos, bastaria a sua condição de garantidores do interesse público, de que decorre o necessário reconhecimento da necessidade de estabilidade no cargo e *garantias especiais* no exercício de suas funções.

E, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,

“Finalmente, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos da atuação do Estado. Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado - o que é uma garantia para todos os administrados-, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários - que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do país. A estabilidade para os concursados, após três anos de exercício, a reintegração (quando a demissão haja sido ilegal), a disponibilidade remunerada (no caso de

extinção do cargo) e a peculiar aposentadoria que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares de cargos, mas não para regalo destes e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público.

É dizer: tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional.

(...) Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos, pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do Poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da Sociedade.”¹⁸

Com efeito, a adoção do regime estatutário, reiteradamente caracterizado e reconhecido como próprio e específico das carreiras típicas ou exclusivas de Estado, visa dar aos seus membros garantias no exercício de seus cargos contra o poder político e discricionário, já que é inerente a tais atividades a possibilidade de contrariar interesses poderosos no exercício de suas atividades, identificadas com os interesses permanentes do Estado.

De forma inevitável, entre as atividades reconhecidas como tal, por deterem parcela do Poder do Estado que não pode ser delegada a entes não estatais ou agentes estranhos à estrutura do Estado, verificam-se as pertinentes às áreas de segurança pública, representação diplomática, arrecadação e fiscalização de tributos e contribuições, inspeção do trabalho, procuradoria, advocacia e defensoria, previdência social básica, formulação de políticas públicas, orçamento, finanças públicas e controle interno e externo, regulação econômica e de serviços públicos, serviços judiciários, fiscalização do sistema financeiro, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção à saúde pública, fiscalização e inspeção agropecuária, vigilância sanitária, da exploração de recursos hídricos e minerais e do meio ambiente, ou seja, aquelas em que o Estado exerce o seu poder específico de impor condutas e exigir obediência a normas e diretrizes, constituir e restringir direitos, decorrentes das suas capacidades exclusivas de *regulação e fiscalização*.

Para que se tenha o alcance desse conceito, a *pauta de razoabilidade* necessária à definição do que é atividade exclusiva do Estado deve levar em conta **a própria Constituição**, o **papel do Estado** e sua **organização administrativa**, que é o que define a criação e existência de cargos públicos.

Vale concluir, assim, que as atividades dos membros da Advocacia Pública, tanto no plano federal quanto dos Estados, DF e Municípios, que implicam na capacidade *indelegável* a quem não detenha cargo público específico, na condição de membro das suas instituições, são típicas e *exclusivas de Estado*, que somente pode tê-las exercitadas em caráter regular por seus próprios órgãos e agentes.

Ou seja, as atividades de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídicos, atribuídos à Advocacia-Geral da União, seu órgão vinculado e

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Op. Cit., p. 268-269.

seus membros *efetivos, de Carreira*, não são passíveis de delegação, seja por meio de lei ou contrato, seja por meio de simples credenciamento de particulares, pois é inerente à própria existência dessa instituição o exercício de suas atribuições por mão própria, por meio de servidores concursados e protegidos pela estabilidade, assim como aos magistrados se assegura a *vitaliciedade*.

Como já deliberado pelo próprio STF na ADI 2.310, as carreiras ou funções associadas a funções exclusivas de Estado, por determinação constitucional, estão, necessariamente, vinculadas à adoção ou manutenção do regime estatutário, e com garantias especiais contra a perda do cargo nas situações permitidas pelo art. 41 e pelo art. 169 da Constituição, decorrentes, ainda, do disposto no art. 247.

A adoção do regime estatutário, reiteradamente caracterizado e reconhecido como próprio e específico das carreiras típicas de Estado visa dar aos seus membros garantias no exercício de seus cargos contra o poder político e discricionário, já que é inerente a tais atividades a possibilidade de contrariar interesses poderosos no exercício de suas atividades, identificadas com os interesses permanentes do Estado.

Por tal razão, o art. 247 da Constituição prevê que as leis regulamentadoras a demissão por insuficiência de desempenho e a exoneração por excesso de despesa devem estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público **estável** que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Desde logo fica claro que é uma *supergarantia* remetida aos ocupantes de **cargos efetivos**, por decorrência *estáveis*, que atendam àquele requisito. Em sentido oposto, os não estáveis - por não ocuparem cargos efetivos - não poderão almejá-la. Nem poderão exigí-la os servidores ocupantes de cargos públicos, estáveis igualmente, **mas que não exerçam tais atividades**.

Ainda que se admita a tendência a que determinadas atividades sejam ou possam vir a ser terceirizadas ou contratadas sob regime sem a proteção da estabilidade, como quer a PEC 32/2020, o *núcleo central* das atribuições e competências da Administração Federal é materialmente *indelegável* e reclama carreiras específicas, compatíveis com a natureza das funções exclusivas de Estado sob sua responsabilidade.

Como ensina Paulo Modesto¹⁹, é preciso compulsar a *natureza intrínseca* da função pública, como determinante de seu regime jurídico, “investigando na própria atividade e não no órgão atuante o substrato invariável que a particulariza”. E a atividade executada pelos órgãos jurídicos, como elemento integrante dos próprios poderes do Estado, e em benefício da coletividade e não do interesse de indivíduos, é por si mesma indissociável do poder a que representa, e não mera atuação administrativa, ou acessória”.

Na esfera da Advocacia Pública, essa situação já se acha legalmente definida, a partir das atribuições conferidas aos Advogados da União, Procuradores da Fazenda

¹⁹ MODESTO, P. op. cit., p. 106.

Nacional e Procuradores Federais, no âmbito Federal, e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito subnacional.

4. A PEC 32/2020 e as “atividades típicas de Estado”

Retrocedendo à terminologia adotada em 1974, e deixada de lado com a Carta de 1988, que determinou a unicidade de regime jurídico para os servidores públicos, a PEC nº 32/2020, do Poder Executivo, que “altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa”, propõe ampla reformulação das regras constitucionais relativas à estrutura de cargos da Administração Pública.

A PEC 32/2020 propõe que, em lugar de um regime jurídico único, aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos, sejam adotadas diferentes espécies de vínculo, a começar pelo vínculo de experiência, que integrará o concurso público, de no mínimo um ano para os servidores a serem contratados por prazo indeterminado, mas de dois anos para esses servidores, se titulares de “cargos típicos de Estado”.

Concluído o “vínculo de experiência”, e tendo obtido avaliação de desempenho satisfatória, o candidato será nomeado e investido no cargo, e, no caso dos titulares de “cargos típicos de Estado”, adquirirá a estabilidade no cargo após cumprir mais um ano de efetivo exercício, obtendo avaliação de desempenho satisfatória.

Ao servidor titularizado em cargo “típico de Estado”, será assegurada estabilidade, mas sujeita a desligamento em caso de avaliação de desempenho desfavorável, nos termos de lei ordinária, e não mais de *lei complementar*. Ademais, também poderá perder o cargo em razão de decisão transitada em julgado **ou proferida por órgão judicial colegiado**, ou de processo administrativo, assegurada ampla defesa.

Trata-se, portanto, de estabilidade mitigada, frente às regras em vigor, mas, ainda, assim, será apanágio exclusivo dos que vierem a ser classificados nessa condição, em função de *critérios a serem definidos em lei complementar federal*.

Ou seja: a referida Lei Complementar, com natureza de lei nacional, não definirá *cargos típicos de Estado*, mas os *critérios* para a sua definição, nos 3 níveis da Federação. A partir daí, caberá à Lei ordinária, no âmbito de cada ente, nos termos do art. 39-A proposto pela PEC 32/2020, definir a que cargos específicos se aplicam tais distinções. Mas não há, no texto da PEC, nenhum indicativo quanto a critérios a serem adotados para tal fim pela norma complementar.

A justificação que acompanha a PEC 32/2020²⁰ tampouco esclarece o critério para tal diferenciação, limitando-se a sugerir, por exclusão, que o conceito não alcança “atividades técnicas, administrativas ou especializadas e que envolvem maior contingente

²⁰ EM Nº 47/ME, de 2 de setembro de 2020.

de pessoas”, e, de forma genérica, que abrange “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”.

Esses servidores, nos termos da PEC 32/2020, estariam sujeitos a restrições maiores quanto ao exercício de atividades privadas, e somente poderão acumular cargos públicos se, havendo compatibilidade de horário, envolverem atividades de docência ou de atividades profissionais de saúde regulamentadas, “uma vez que a atuação desses servidores pressupõe a necessidade de dedicação exclusiva”. Embora fosse prevista para os ocupantes de “cargos típicos de Estado” a vedação geral do exercício de “qualquer atividade remunerada” na redação a ser dada ao art. 37, XVI, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao apreciar a admissibilidade da PEC 32/2020, julgou contrária ao princípio da igualdade essa limitação, mantendo, porém, o tratamento diferenciado quanto à acumulação de cargos. Nos termos do parecer final do Relator, apresentado em 24 de maio de 2021,

“Em uma primeira análise, o texto com a expressão “qualquer outra atividade remunerada” não revela o necessário conflito de interesses, mas impede, à título de exemplificação, que determinado ocupante de cargo típico de Estado possa exercer uma atividade remunerada de músico, mesmo que essa atividade não comprometa sua jornada e suas atividades no cargo público.

*No entanto, impedir que esse servidor exerça qualquer outra atividade remunerada **representa uma restrição flagrantemente inconstitucional** que não se justifica por ser o único tipo de vínculo da presente Proposta de Emenda à Constituição a continuar tendo direito a estabilidade. De fato, **a proposta como está redigida elimina o núcleo essencial do inciso XIII do art. 5º (livre o exercício de qualquer trabalho), bem como o art. 5º, caput (igualdade em sentido formal e material), ambos da Constituição Federal de 1988, pois a expressão “a realização de qualquer outra atividade remunerada, inclusive” impossibilita o necessário tratamento jurídico adequado para situações fáticas diversas.**”²¹ (grifo nosso)*

Desse modo, o próprio Relator reconheceu – embora de forma incompleta – estarem presentes na PEC 32/2020 inconsistências do ponto de vista do tratamento isonômico que deve ser assegurado a partir do princípio da igualdade traduzido no brocardo latino “**ubi eadem ratio, ibi eadem jus**”, ou seja, onde existe a mesma razão fundamental, há de prevalecer a mesma regra de Direito.

Segundo a PEC, ingresso nesses cargos dependerá, na forma da lei, de aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, seguido de cumprimento de período de, **no mínimo, dois anos em vínculo de experiência** com desempenho satisfatório; e classificação final dentro do quantitativo previsto no edital do concurso público, entre os mais bem avaliados ao final do período do vínculo de experiência. E, ainda, os titulares de cargos “típicos” de Estado não estarão sujeitos à regra que veda a redução da jornada de trabalho sem redução de remuneração. As atividades por eles exercidas também

²¹ Parecer do Relator da PEC 32/2020, Dep. Darci de Mattos, sobre a admissibilidade da PEC 32/2020 – CÂMARA DOS DEPUTADOS/CCJC, 24 de maio de 2020.

não poderão ser objeto de instrumentos de cooperação com órgãos e entidades, públicos e privados. Os cargos típicos estarão protegidos, ainda, da possibilidade de alteração e reorganização de cargos públicos efetivos por meio de mero decreto, mas poderão ser objeto de transformação, por essa via, desde que dentro da mesma “carreira”. Continuará a ser prevista, ainda, a necessidade de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público investido em cargo típico de Estado.

Assim, ser ou não considerado “cargo típico de Estado” é fator que definirá, para o servidor civil, o direito à estabilidade no cargo, ainda que atenuada.

No tocante às Carreiras da Advocacia Pública, a PEC 32/2020 confere tratamento contraditório e ambíguo.

Na redação que propõe ao art. 39 da CF, remete a uma **Lei complementar federal** dispor sobre normas gerais de gestão de pessoas; política remuneratória e de benefícios; ocupação de cargos de liderança e assessoramento; organização da força de trabalho no serviço público; progressão e promoção funcionais (vedada a progressão e promoção apenas com base em tempo de serviço); desenvolvimento e capacitação de servidores; e duração máxima da jornada para fins de acumulação de cargos e atividades remuneradas.

Contudo, o § 1º-C, proposto, prevê que tais regras **não se aplicarão “ aos membros de instituições e carreiras disciplinadas por lei complementar específica prevista nesta Constituição”**.

Ocorre que, por se tratar de carreiras que integram *instituição disciplinada por lei complementar*, e da qual são designados, pela Lei, como “membros”, pelo menos as Carreiras de Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional *não estariam* sujeitos a essas normas, mas às da própria lei complementar que define a organização da Advocacia Geral da União. Tal formulação lança dúvidas sobre a aplicabilidade das restrições de direitos contidas no art. 37, XVI-A e XVI-B e XXIII, na forma proposta, dado que sua regulamentação ser daria, em parte, pela lei complementar de que trata a redação proposta ao art. 39.

Já as Carreiras de Procurador dos Estados, cujas instituições **não são** disciplinadas em lei complementar, estariam sujeitos *integralmente* a tais regras emanadas da Lei Complementar Federal.

Contudo, a PEC 32/2020 não altera o art. 132 da CF, cujo parágrafo único estabelece que o Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, têm “*assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.*”

Ou seja, haveria uma contradição “em termos”: enquanto as Carreiras da Advocacia Pública Federal, caso tenham reconhecido seu status de *cargo típico de Estado*, estariam sujeitos a um regime jurídico ainda a ser definido, com estabilidade adquirida após o cumprimento de um “vínculo de experiência” de **no mínimo** dois anos, e um ano de estágio

probatório, os procuradores estaduais permaneceriam sujeitos a um regime próprio, com estabilidade assegurada após 3 anos de estágio probatório, sem previsão vínculo de experiência.

Mas se, por outro lado, não for reconhecida a característica dos Advogados Públicos na esfera Federal como *cargos típicos de Estado*, a contradição se tornaria de tal forma absurda, que levaria à eventual declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional resultante.

Ao ser assegurada estabilidade aos Procuradores de Estados e do DF, mas não às carreiras congêneres federais, estar-se-ia diante de grave ruptura do princípio da igualdade, tornando nula a própria alteração ao “caput” do art. 39 da CF e ao art. 37, II da CF, pelo menos em relação à Advocacia Pública.

Tais incongruências, que ainda poderão vir a ser corrigidas durante a tramitação da matéria na Comissão Especial constituída para o seu exame, tornam ainda mais premente o reconhecimento, a partir do exame das características e da natureza das Carreiras da Advocacia Pública, como *carreiras que exercem atividades típicas ou exclusivas de Estado*.

5. Conclusão

Por todo o exposto, resultam, sinteticamente, as conclusões a seguir:

I – é contrária à Constituição a delegação, pela via de contratos ou quaisquer formas de cooperação, a atores privados, ou meros titulares de cargos em comissão, ou mesmo a servidores efetivos que não integrem a Advocacia Pública, das atividades de representação judicial, consultoria e assessoramento no âmbito dos órgãos e entidades de direito público da União e dos Estados.

II – a indisponibilidade do interesse público, a função da Advocacia Pública na representação judicial dos órgãos e entidades de direito público, como responsável pela segurança jurídica e proteção do Estado Democrático de Direito, e sua participação ativa na formatação jurídica da própria vontade estatal, materializada nas políticas públicas, determina a necessidade inarredável da proteção aos seus integrantes contra interferências indevidas, assegurada pela estabilidade no cargo.

III – as Carreiras da Advocacia Pública, em seu *munus publico*, são responsáveis pelo exercício de atividades típicas ou exclusivas de Estado, em virtude da sua condição de membros de instituições com previsão constitucional e competências privativas e indelegáveis.

IV – as atividades exercidas pelas Carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador Federal são *atividades típicas ou exclusivas de Estado*, e, por decorrência, esses cargos são, intrinsecamente, *cargos típicos de Estado*, não podendo

a Administração deixar de assim considerá-los para todos os fins, e, em especial, a garantia da proteção especial contra a perda do cargo prevista no art. 247 da Constituição.

V – a Lei Complementar Federal que vier, nos termos propostos pela PEC 32/2020, caso aprovada pelo Congresso Nacional, a fixar os critérios para a definição de *cargos típicos* de Estado, não poderá deixar de considerar, para tal fim, os cargos das Carreiras da Advocacia Pública, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão;

VI – a PEC 32/2020, se aprovada, não poderá estabelecer tratamento diferenciado, no tocante às garantias no exercício do cargo e às regras de aquisição da estabilidade, entre a Advocacia Pública Federal e as Procuradorias dos Estados, sob pena de afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, “caput” da CF).

Em 15 de junho de 2021.

Luiz Alberto dos Santos

Consultor – Advogado (OAB RS 26485 e OAB DF 49777)
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental
Mestre em Administração – Doutor em Ciências Sociais
Professor Colaborador da EBAPE/FGV, ENAP, ILB e ISC