PROCESSO Nº: 6.474/2020 Conselho Pleno
MATÉRIA: PEC 32/2020 QUE ALTERA DISPOSIÇÕES SOBRE SERVIDORES, EMPREGADOS PÚBLICOS E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. ANÁLISE INSTITUCIONAL. FINALIDADE: SUGESTÕES E PARECER SOBRE AS MUDANÇAS PROPOSTAS, COM O FITO DE SUBSIDIAR OS PARLAMENTARES, ESPECIALMENTE, DO PARANÁ, QUE ANALISARÃO A MATÉRIA
REQUERENTE: DIRETORIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DO PARANÁ (GESTÃO 2019/2021)

1. Introdução

É quase unânime na comunidade jurídica que se dedica ao estudo do Direito Administrativo o entendimento de que o regime jurídico dos servidores públicos precisa ser aperfeiçoado. Há inúmeros problemas que acometem o setor de recursos humanos do Estado, valendo a pena citar: **(i)** as desigualdades salariais existentes entre categorias de servidores; **(ii)** a discrepância entre os vencimentos dos servidores públicos e dos trabalhadores privados; **(iii)** a pluralidade de carreiras e cargos públicos; **(iv)** o engessamento da gestão de pessoal; **(v)** a falta de estímulos à boa administração e à produtividade; **(vi)** o aumento exponencial dos gastos públicos com a folha de pagamento; e, talvez o maior de todos **(vii)** a ineficiência e precariedade dos serviços prestados à população.

O ponto de discordância que obstaculiza o debate em torno da temática está em saber como reformar o regime jurídico dos servidores públicos, isto é, em identificar quais são as medidas mais adequadas para superar os problemas postos. Em uma nova tentativa de promover este aperfeiçoamento no âmbito interno da Administração Pública, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020.

Conquanto tenham como foco principal as disposições constitucionais que estruturam o regime jurídico dos servidores públicos, a PEC nº 32/2020 também procura introduzir no texto constitucional novos comandos normativos que dizem respeito a questões relacionadas à organização administrativa e ao regime jurídico da própria Administração Pública.

Podemos identificar ao menos quatro eixos temáticos na PEC nº 32/2020: **(i)** a ampliação principiológica do regime jurídico da Administração Pública; **(ii)** o sepultamento do regime jurídico único dos servidores públicos; **(iii)** a extinção de privilégios e benefícios; e **(iv)** a

ampliação dos poderes do Chefe do Poder Executivo na organização administrativa e gestão orçamentária.

A presente análise versará sobre cada um destes tópicos de forma individualizada, correlacionando-os com os respectivos dispositivos da Proposta de Emenda à Constituição. Ao final, ainda serão abordados alguns dispositivos esparsos consignados na PEC nº 32/2020.

2. A ampliação principiológica do regime jurídico da Administração Pública

A PEC nº 32/2020 pretende alterar a redação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dispositivo constitucional que estabelece os princípios norteadores do regime jurídico da Administração Pública. A proposta busca introduzir ao rol de princípios clássicos da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) mais oito novos princípios constitucionais, quais sejam: (i) imparcialidade; (ii) transparência; (iii) inovação; (iv) responsabilidade; (v) unidade. (vi) coordenação; (vii) boa governança; e (viii) subsidiariedade.

Caso a proposta do Governo Federal obtenha o aval do Constituinte derivado, o art. 37 da Constituição Federal passaria a ter a seguinte redação: "*Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e subsidiariedade*".

Tem-se ao menos três críticas à sugestão governamental. A primeira delas, de aspecto mais geral, é que a ampliação do rol de princípios norteadores da Administração Pública vai na contramão do atual movimento observado no Direito Público de se evitar instituir comandos legais de baixa densidade normativa, que se utilizam de fórmulas abertas e flexíveis, nos diplomas que regulam a Administração Pública, por contribuírem para a ampliação da imprevisibilidade e da insegurança jurídica na gestão pública.

Nos últimos anos, vários juristas têm denunciado a invocação excessiva e demasiadamente rasa de princípios jurídicos pelas autoridades públicas como único fundamento de suas decisões. Tornou-se relativamente comum encontrar decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial que invocam unicamente um ou mais princípios jurídicos, como por exemplo, o da supremacia do interesse público, da moralidade, ou da eficiência como fundamento decisório, sem explicitar, de forma aprofundada, o raciocínio lógico que levou a autoridade a extrair daquela norma-princípio o comando normativo aplicado no caso concreto.

A utilização recorrente de princípios como fundamentos retóricos contribui para a instituição de um cenário de instabilidade da realidade jurídico-administrativa brasileira, na medida em que concedem ao órgão julgador uma carga elevada de discricionariedade, possibilitando empregá-los para justificar decisões que, muitas vezes, não encontram amparo no ordenamento pátrio, ou mesmo fundamentar decisões distintas para situações fáticas idênticas.

Na tentativa de frear a banalização dos princípios e conferir maior previsibilidade à gestão pública, o legislador ordinário houve por bem em aprovar a Lei nº 13.655/2018, que inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o artigo 20, o qual prescreve que: "*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*".

O dispositivo legal tem o claro intuito de combater a utilização desmedida de conceitos jurídicos indeterminados, dentre os quais se incluem os princípios jurídicos, impondo às autoridades decisórias o ônus argumentativo de expor analiticamente o comando normativo extraído do princípio, a razão da sua aplicação no caso concreto, e as consequências práticas decorrentes da decisão.

A nova redação proposta para o artigo 37 da Constituição Federal vai em sentido totalmente oposto ao movimento atual. A ampliação da gama de princípios da Administração Pública submeterá os gestores públicos à obrigação de observância de novos conceitos jurídicos imprecisos, o que invariavelmente aumentará o nível de incerteza jurídica na gestão pública, em especial no exercício do controle.

Citamos, como exemplo, a possibilidade de os gestores públicos terem suas condutas questionadas na esfera controladora por serem tidas como contrárias à inovação, à coordenação ou à subsidiariedade da Administração Pública. Ou pior, responderem a um processo de improbidade administrativa com base no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, por supostamente terem adotado conduta afrontosa à unidade ou à coordenação da Administração Pública.

Afora este aspecto mais geral, a inclusão de oitos princípios previstos na PEC nº 32/2020 também é passível de crítica pela (i) dificuldade em se identificar um conteúdo normativo mínimo de alguns princípios ali elencados; (ii) da dispensabilidade da sua previsão, tendo em vista que alguns deles já estão albergados nos cinco princípios originários; e (iii) na incompatibilidade da inserção da subsidiariedade como princípio geral da Administração Pública.

Há uma clara dificuldade em se extrair um conteúdo normativo mínimo dos princípios da inovação, responsabilidade, unicidade e coordenação. Não se tem na PEC sob análise qualquer indicativo sobre qual o significado jurídico destes conceitos abstratos.

A indeterminação normativa das expressões é tamanha que se tem dúvidas quanto à possibilidade de enquadrá-los como princípios jurídicos. Eles aparentam funcionar mais como diretrizes da Administração Pública do que de fato como normas-princípio.

Por sua vez, entendemos que a previsão expressa dos princípios da imparcialidade e da transparência também não se faz necessária por serem preceitos que já decorrem, respectivamente, dos princípios da impessoalidade e da publicidade.

O princípio da impessoalidade busca impedir a prática no seio da Administração Pública de atos discriminatórios que favoreçam ou prejudiquem indevidamente determinado grupo de cidadãos. A impessoalidade não obstaculiza que a atividade administrativa confira, em determinadas situações, tratamento diferenciado entre indivíduos quando houver peculiaridades que justifiquem a distinção entre pessoas.

O que o princípio da impessoalidade veda é a personificação de seus atos, de modo que a atuação administrativa se desvie do interesse público para atender a interesses privados desprovidos de respaldo legal. Esta proibição da atividade administrativa ser orientada por fatores pessoais e subjetivos levou alguns autores a defenderem que uma das expressões do princípio da impessoalidade seria a imparcialidade da Administração Pública.

Lúcia Valle Figueiredo, por exemplo, aduz que o princípio da impessoalidade impõe ao atuar administrativo um juízo objetivo, independente de todas as particularidades individuais, ou seja, uma atuação imparcial. E conclui assentando que a impessoalidade caracteriza-se "*pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político*."

Em sentido semelhante, Carmen Lúcia Antunes da Rocha esclarece que o princípio da impessoalidade determina a "*ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade*."

Concordamos com as célebres juristas. Não há como classificar a atuação administrativa como impessoal sem que os seus agentes

realizem suas funções de forma imparcial, impedindo que juízos pessoais e subjetivos contaminem as suas atividades e as desviem do interesse público.

Situação semelhante ocorre com o princípio da transparência. Embora haja discordâncias doutrinárias sobre qual preceito possui uma maior amplitude (transparência ou publicidade), a doutrina pátria acostumou-se a extrair do princípio da publicidade um dever de transparência imposto à Administração Pública. É o caso de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, ao sustentar que o princípio da publicidade "*impõe a divulgação e exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2º da Lei nº 9.784/99). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático: o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes*."

Fabrício Motta destaca que os conceitos de publicidade e transparência não são sinônimos, mas são complementares. De acordo com este autor, o princípio da publicidade determina à Administração Pública a difusão da informação de forma mais ampla possível. Contudo, não basta a divulgação no maior número possível de meios disponíveis, é necessário que haja qualidade na informação. A qualificadora da transparência determina que a disponibilização da informação ocorra de forma clara e objetiva para que se possibilite a sua adequada compreensão pelos cidadãos.

Fabrício Motta conclui que a transparência seria um substrato material do princípio da publicidade. Significa dizer que a transparência seria um dos elementos componentes do princípio da publicidade administrativa. Entendemos que este raciocínio desenvolvido não merece reparo. A incidência do princípio da publicidade sobre a Administração Pública não pode ser entendida apenas como um dever de a Administração Pública disponibilizar os seus atos, contratos, processos e decisões administrativas.

É primordial que essa divulgação se dê de forma a permitir a compreensão adequada de todos os cidadãos. A opacidade das informações disponibilizadas pela Administração Pública impede que a população tome conhecimento das razões que levaram os agentes públicos a agirem daquela determinada forma, circunstância que impossibilita o controle popular e a participação do cidadão no exercício das atividades administrativas.

Assim, compreendemos que a inclusão dos princípios da transparência e da impessoalidade no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal não se faz necessária, tendo em vista que estes preceitos já decorrem dos princípios da impessoalidade e da publicidade.

Por fim, cabe ainda rechaçar a proposta de inserção da subsidiariedade na categoria dos princípios da Administração Pública. Os debates em torno da subsidiariedade, e a sua eventual classificação como

norma-princípio, sempre se deram em torno da temática da intervenção do Estado na ordem econômica.

André Ramos Tavares, por exemplo, sustenta que “resta inequívoca na Constituição Federal a presença do princípio da subsidiariedade, a nortear as atividades do Estado no âmbito do domínio econômico propriamente dito”. Seria, portanto, um princípio que orientaria tão somente a atuação estatal no âmbito da ordem econômica-regulatória, amparado especificamente no art. 173, *caput*, da Constituição Federal.

É o que delimita Floriano de Azevedo Marques Neto: “Uma vez tendo a ordem constitucional elegido a liberdade de iniciativa como princípio vetorial, automaticamente resta a intervenção estatal (direta ou indireta) cingida pelo princípio da subsidiariedade.”

A proposta cristalizada na PEC nº 32/2020 procura conferir um alcance maior ao aventado princípio da subsidiariedade, estendendo a sua aplicação para fora do âmbito da atuação estatal na ordem econômica, tornando-o um princípio regente de toda a atividade administrativa.

Com o devido respeito, não nos parece adequado incluir a subsidiariedade como um princípio norteador de toda a Administração Pública. A Constituição Federal atribui ao Estado determinadas funções em caráter de exclusividade, que não podem ser desempenhadas unicamente pela iniciativa privada, ou mesmo repassadas a agentes não-estatais.

É o caso, por exemplo, do exercício de competências do Poder de Polícia. Ainda que se defenda atualmente o desempenho de algumas atribuições instrumentais inseridas no âmbito da polícia administrativa por particulares, não há como sustentar que o Estado teria uma função meramente subsidiária.

Mesma situação ocorre com a gestão dos serviços públicos. No caso dos serviços públicos sociais – atividades que podem ser prestadas por particulares independente de delegação estatal como saúde, educação e cultura – a Administração Pública mantém a obrigação de organizá-los e disponibilizá-los a toda a coletividade, mesmo que haja entes privados gerindo tais serviços.

E assim também se passa com os serviços públicos econômicos. Ainda que o Estado delegue a gestão de tais serviços a entidades privadas, ele mantém para si a obrigação de desempenhar uma função regulatória sobre estas atividades econômicas.

Logo, não há como defender, à luz das disposições constitucionais, a qualificação do princípio da subsidiariedade como um

princípio geral da Administração Pública. A sua incidência restringe-se ao âmbito da ordem econômica-regulatória.

Manifestamos, portanto, posicionamento contrário à proposta de alteração do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, inserida na PEC nº 32/2020, em razão: **(i)** de possivelmente aumentarem a imprevisibilidade e a insegurança jurídica na gestão pública; **(ii)** de ser difícil identificar o conteúdo normativo de uma parcela dos princípios elencados; **(iii)** dos princípios da impessoalidade e da transparência já estarem consagrados nos princípios da impessoalidade e da publicidade; e **(iv)** da impertinência se de alocar a subsidiariedade como um princípio vetor da Administração Pública.

3. A pluralidade de regimes jurídicos dos servidores públicos

Outro eixo da reforma propugnada pela PEC nº 32/2020 é a instituição de novos vínculos de servidores públicos, extinguindo o modelo de regime jurídico único que vigora atualmente. A proposta prevê cinco tipos de vínculos distintos: **(i)** vínculo por prazo determinado; **(ii)** cargo com vínculo por prazo indeterminado; **(iii)** cargo típico de Estado; **(iv)** vínculo de experiência, como etapa de concurso público; e **(v)** cargo de liderança e assessoramento.

A PEC sob análise prevê a introdução no texto constitucional do art. 39-A, estabelecendo em seu § 2º as hipóteses de contratação de servidores com vínculo por prazo determinado da seguinte maneira:

> Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá:
> I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público;
> II - vínculo por prazo determinado;
> III - cargo com vínculo por prazo indeterminado;
> IV - cargo típico de Estado; e
> V - cargo de liderança e assessoramento.
> § 2º Os servidores públicos com o vínculo de que trata o inciso II do caput serão admitidos na forma da lei para atender a:
> I - necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralisação de atividades essenciais ou de acúmulo transitório de serviço;
> II - atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos; e
> III - atividades ou procedimentos sob demanda.

Esta categoria de vínculo será formada por servidores com contrato temporário cuja admissão será realizada mediante processo seletivo simplificado para atender necessidades específicas da Administração Pública, por um prazo certo de duração.

Trata-se de hipótese já autorizada pelo art. 37, IX, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 8.745/1993. A novidade trazida pela proposta de emenda está na ampliação das situações que autorizam as contratações na modalidade de vínculo por prazo determinado para além dos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público.

A PEC abre a possibilidade de serem contratados servidores temporários para situações como acúmulo transitório de serviço, atividades ou projetos de caráter temporário, e atividades ou procedimentos sob demanda.

Entendemos que a ampliação sugerida é positiva, pois permitirá a Administração Pública atender a uma necessidade transitória sem que isso gere um vínculo permanente e estável com os servidores contratados. Impede-se, com isso, que contratações realizadas apenas para atender demandas transitórias tornem-se permanentes, onerando demasiadamente os cofres públicos.

Talvez a grande inovação trazida pela Proposta de Emenda à Constituição seja a criação de uma categoria de servidores públicos, com vínculo por prazo indeterminado que não gozará da garantia de estabilidade. Atualmente, todos os cidadãos que ingressam no quadro de pessoal da Administração Pública para ocupar cargos efetivos usufruem da garantia de estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.

A PEC nº 32/2020 faz uma cisão entre estes servidores públicos ocupantes de cargos efetivos em duas categorias de vínculos: (i) vínculo por tempo indeterminado; e (ii) cargo típico de Estado. Somente os ocupantes de cargo típico de Estado serão beneficiados com a garantia de estabilidade, sendo que a permanência daqueles na esfera pública dependerá da necessidade da Administração, bem como de outras circunstâncias passíveis de serem dispostas em lei.

Um primeiro problema verificável na proposta é a sua remissão à futura regulamentação por lei sobre quais funções serão enquadráveis como cargos típicos de Estado e quais serão classificadas como vínculo por tempo indeterminado. A delegação da especificação da matéria à diploma legal futuro dificulta o exame do acerto ou desacerto da medida. O ideal seria que o projeto de lei que fixasse os critérios para a definição de

cargos típicos de Estado e os cargos com vínculo indeterminado fosse apreciada em conjunto com a PEC nº 32/2020.

Um segundo problema identificável na medida está na sua motivação. Ao que parece, o fim da estabilidade busca aumentar a eficácia da atuação administrativa, isto é, a produtividade dos agentes públicos. Esperamos que com o fim da garantia funcional (estabilidade), os servidores públicos não se acomodem, executando de forma mais adequada as suas funções e, em caso de desempenho insatisfatório, permitindo ao Estado dispensá-los após processo administrativo.

Entendemos que o sepultamento da estabilidade para uma parcela dos atuais servidores efetivos não é a medida mais adequada para melhorar a gestão pública e afastar do ambiente público os servidores improdutivos ou com desempenho abaixo do desejado. Cabe registrar que já há no texto constitucional o mecanismo de avaliação de desempenho, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Contudo, passados mais de 22 anos, ainda não adveio a lei regulamentadora que fixa os critérios e controles de avaliação de desempenho, omissão legislativa que tornou a previsão constitucional inócua. A regulamentação adequada da avaliação de desempenho permitiria alterar justamente aquilo que o Governo Federal busca com a PEC nº 32/2020 e com o fim da estabilidade: o aumento da eficácia das atividades administrativas e da produtividade dos agentes públicos.

Com a avaliação de desempenho, a Administração Pública poderia identificar os servidores públicos de melhor produtividade, criando um parâmetro de análise para os demais servidores. A partir da divulgação da avaliação, os servidores de menor produtividade se sentiriam pressionados a melhorar a sua performance, sob pena de serem demitidos no caso de manterem o desempenho insuficiente.

Há ainda a possibilidade de se estabelecer algumas medidas voltadas a estimular a produtividade dos servidores, como a concessão de vantagens pecuniárias ou a vinculação da promoção e progressão na carreira ao atendimento de determinados critérios de produtividade. Em suma, existem medidas que aparentam ser mais eficazes para atingir os fins buscados pelo Governo Federal (aumento da eficiência da atividade administrativa e da produtividade dos servidores) do que a simples extinção da estabilidade. São providências que podem ser implementadas por meio da aprovação de bons projetos de lei, dispensando a necessidade de se reformar o texto constitucional.

Ainda no que concerne ao vínculo por tempo indeterminado, a PEC nº 32/2020 promove uma mudança interessante à regra

de acumulação de cargos públicos disposta atualmente no art. 37, XVI, da Constituição Federal. A proposta busca permitir aos servidores com vínculo por prazo indeterminado a acumulação remunerada de cargos públicos, desde que haja compatibilidade de horários e não ocorra conflito de interesses, vejamos:

> Art. 37. XVI-B - é autorizada a acumulação remunerada de cargos públicos para servidores não ocupantes de cargos típicos de Estado, quando houver compatibilidade de horários e não houver conflito de interesse, observado, em qualquer caso, o disposto no art. 39, caput, inciso VII.

A alteração sugerida pelo Governo Federal pode viabilizar uma diminuição da remuneração inicial de alguns cargos públicos cujas atividades sejam de baixa complexidade, sem que isso ocasione um desestímulo à ocupação destas funções por pessoal qualificado. Isso porque possibilitará aos servidores com vínculo indeterminado a ocupação de mais de um cargo público e, por conseguinte, a soma das remunerações, mantendo a atratividade destes cargos.

O quarto vínculo público instituído pela PEC nº 32/2020 é o vínculo por experiência. Trata-se de uma nova etapa dos concursos públicos instaurados para o provimento de cargos típicos de Estado e cargos com vínculo por prazo indeterminado.

De acordo com a proposta, os postulantes aos cargos típicos de Estado teriam que, após serem aprovados nas provas ou provas e títulos, cumprir um período de, no mínimo, dois anos em vínculo de experiência com desempenho satisfatório. Por sua vez, os postulantes aos cargos com vínculo por prazo indeterminado teriam que ser aprovados na etapa de provas ou provas e títulos e, posteriormente, cumprir o período de, no mínimo, um ano em vínculo de experiência com desempenho satisfatório.

A classificação, em ambos os casos, seria definida com base na avaliação dos candidatos ao longo do período de vínculo de experiência. A intenção do Governo Federal, fixada na exposição de motivos, é "*estabelecer um marco bem delimitado para avaliação mais abrangente e tomada de decisão quanto à admissão do servidor em cargo que compõe o quadro de pessoal de caráter permanente*". Busca-se, com a medida, selecionar aqueles candidatos mais vocacionados e produtivos para o desempenho das funções públicas.

Contudo, entendemos que esta proposta talvez seja a mais problemática da PEC nº 32/2020 por colocar em risco a proteção à impessoalidade da Administração Pública, e por gerar problemas práticos de difícil resolução.

O modelo de admissão de pessoal consagrado pelo texto constitucional, baseado unicamente na aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, extingue a possibilidade de admissão de agente público via simples nomeação para os cargos efetivos da Administração Pública, conduta decorrente do princípio da impessoalidade.

A sistemática trazida pela PEC nº 32/2020, com a inserção da fase de avaliação de desempenho, traz o risco de haver uma quebra do modelo de impessoalidade trazido pela Constituição de 1988. Explicamos: ao autorizar a nomeação de candidatos acima do número de vagas previstas no edital para o vínculo de experiência, abre-se a possibilidade de os administradores mal-intencionados nomearem o número exato de candidatos necessários para alcançar os seus apadrinhados.

Ou pior, promoverem a avaliação dos candidatos de acordo com as suas preferências pessoais, prejudicando aqueles candidatos que não contam com o apoio político ou interno da Administração Pública. O critério de classificação instituído pela PEC é delimitado apenas pela expressão genérica "*entre os mais bem avaliados*", não havendo maiores especificações sobre como se dará esta avaliação, o que aumenta as chances de haver uma atuação subjetiva por parte do gestor público.

Em suma, entendemos que, sem haver a lei regulamentadora que estabeleça como se dará o exame do desempenho dos candidatos, a criação desta nova etapa do concurso público abre a possibilidade da avaliação e escolha dos candidatos aptos a serem investidos no cargo público ser norteada por subjetivismos, pressões políticas e até mesmo preferências de natureza pessoal, colocando em risco a impessoalidade administrativa.

Além deste risco de afronta à impessoalidade, a criação deste vínculo de experiência pode ensejar inúmeros problemas de ordem prática. O primeiro deles diz respeito à dificuldade de se inserir todos os servidores em vínculo de experiência em condições isonômicas, que permitam realizar uma avaliação adequada.

Esta dificuldade é ilustrada no caso dos concursos de magistratura federal ou estadual. Normalmente, após a aprovação no concurso público e investidura no cargo público, os novos juízes são designados para comarcas distintas, as quais possuem diferentes condições de trabalho, como acervo, equipe de assessores etc.

Nasce, portanto, a dificuldade de se avaliar isonomicamente, por exemplo, um juiz que é designado para uma Comarca de juízo único, que conta com um grande acervo de processos e poucos

assessores, com um juiz que é designado para uma comarca maior que conta com varas especializadas.

É evidente que estas circunstâncias fáticas impõem dificuldades, se não verdadeiras barreiras, para uma avaliação isonômica do desempenho dos candidatos.

Outra dificuldade prática ocasionada pelo vínculo de experiência é o abalo à independência funcional dos servidores públicos recém-nomeados. Como esperar que um auditor do Tribunal de Contas se sinta confortável para expor uma opinião contrária ao do seu superior hierárquico quando estiver na etapa de experiência? Ou que um auditor fiscal autue empresas ligadas ao Chefe do Poder Executivo por irregulares fiscais?

Vemos, portanto, que o vínculo de experiência só geraria maiores problemas e inconveniências à gestão pública. Uma medida muito mais salutar de ser empregada para garantir o provimento dos cargos públicos por candidatos vocacionados e dispostos a exercer adequadamente as funções públicas, é fortalecer o estágio probatório.

Seria plenamente possível, por exemplo, aprovar um diploma legal que fixasse os critérios a serem observados no exame do estágio probatório, ou que estabelecesse a obrigação de se instituir, em cada poder dos entes federados, um órgão especializado e independente competente para promover um exame rigoroso daqueles que se encontram em estágio probatório.

Por fim, a PEC ainda prevê a instituição dos cargos de liderança e assessoramento no art. 37, V, da Constituição Federal, o qual passaria a ter a seguinte redação:

> V - os cargos de liderança e assessoramento serão destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas;

Essa modalidade de vínculo substituiria gradualmente os atuais cargos comissionados e funções gratificadas, mantendo a característica de livre nomeação e exoneração.

O problema que verificamos na proposta do Governo Federal é que ela promove uma ampliação das atribuições passíveis de serem desempenhadas por servidores de livre nomeação. Atualmente, as funções de confiança são voltadas exclusivamente para o desempenho das funções de chefia, direção e assessoramento.

Com a aprovação da PEC nº 32/2020, estas atribuições seriam ampliadas para abarcar funções técnicas. Abre-se, com isso, a

possibilidade de contadores, analistas de políticas públicas e advogados, por exemplo, serem enquadrados na categoria de cargos de liderança e assessoramento por exercerem funções técnicas.

Ademais, o termo “atribuições estratégicas” é dotado de uma elevada indeterminação jurídica, fato que pode permitir o enquadramento de funções atualmente exercidas por servidores efetivos na condição de funções estratégicas, tornando-as aptas a serem desempenhadas por cargos de livre nomeação.

A expansão despropositada das atribuições dos cargos de liderança e assessoramento vai de encontro ao profissionalismo do corpo de servidores da Administração Pública, pois permitiria que equipes inteiras fossem compostas por servidores de livre nomeação e exoneração. Consequentemente, a cada troca de governo, uma grande fatia do funcionalismo público seria substituída pelo novo governante, prejudicando a continuidade de políticas públicas e atividades rotineiras da Administração.

Deste modo, compreendemos que a melhor medida seria o vínculo de chefia e assessoramento abranger apenas funções de chefia, direção e assessoramento, permanecendo com os servidores efetivos o desempenho das funções técnicas e estratégicas.

Em síntese, concluímos que a previsão do vínculo por prazo determinado é uma medida positiva, mas a extinção da estabilidade para os servidores efetivos, a instituição do vínculo de experiência como uma fase do concurso público e a expansão das atribuições passíveis de serem desempenhadas por servidores de livre nomeação e exoneração, têm o potencial de produzirem mais efeitos negativos do que positivos à gestão pública.

4. A extinção de privilégios e benefícios gozados pelos servidores públicos

Este é possivelmente o eixo da reforma mais elogiável. Uma das críticas costumeiramente dirigidas ao funcionalismo público é a de que os servidores usufruem de benesses que não encontram correspondência no setor privado como, por exemplo, férias de mais de 30 dias, licenças-prêmio, pagamento de verbas indenizatórias com efeitos retroativos, adicionais decorrentes de tempo de serviço, previsão da aposentadoria compulsória como punição, e progressão ou promoção automática da carreira baseada em tempo de serviço.

A PEC nº 32/2020 propõe extinguir todos estes benefícios pela inserção no texto constitucional do inciso XXIII no artigo 37, que vedará a concessão aos novos servidores públicos dos seguintes privilégios:

> Art. 37. XXIII - é vedada a concessão a qualquer servidor ou empregado da administração pública direta ou de autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista de:
> a) férias em período superior a trinta dias pelo período aquisitivo de um ano;
> b) adicionais referentes a tempo de serviço, independentemente da denominação adotada;
> c) aumento de remuneração ou de parcelas indenizatórias com efeitos retroativos;
> d) licença-prêmio, licença-assiduidade ou outra licença decorrente de tempo de serviço, independentemente da denominação adotada, ressalvada, dentro dos limites da lei, licença para fins de capacitação;
> e) redução de jornada sem a correspondente redução de remuneração, exceto se decorrente de limitação de saúde, conforme previsto em lei;
> f) aposentadoria compulsória como modalidade de punição;
> g) adicional ou indenização por substituição, independentemente da denominação adotada, ressalvada a efetiva substituição de cargo em comissão, função de confiança e cargo de liderança e assessoramento;
> h) progressão ou promoção baseada exclusivamente em tempo de serviço;
> i) parcelas indenizatórias sem previsão de requisitos e valores em lei, exceto para os empregados de empresas estatais, ou sem a caracterização de despesa diretamente decorrente do desempenho de atividades; e
> j) a incorporação, total ou parcial, da remuneração de cargo em comissão, função de confiança ou cargo de liderança e assessoramento ao cargo efetivo ou emprego permanente.

Esse rol é complementado ainda pelo §16 do artigo 37 que impede que afastamentos e licenças sejam compatibilizadas para fins de remuneração de cargo em comissão ou de liderança e assessoramento, função de confiança, gratificação de exercício, bônus, honorários e parcelas indenizatórias.

Notamos que a proposta opera a extinção destes privilégios que criavam um verdadeiro abismo entre os servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada, bem como maculava a imagem do funcionalismo público perante à sociedade.

A tentativa de inserir estas proibições no texto constitucional também é motivo de elogios, pois permitirá a irradiação de sua incidência para todos os Poderes de todos os entes federados, impossibilitando a manutenção destas benesses para determinados grupos privilegiados de servidores públicos, o que causaria um agravamento da desigualdade entre categorias.

Assim, entendemos que as mudanças consignadas na PEC nº 32/2020, com a introdução ao artigo 37 da Constituição Federal do inciso XXIII e do §16, são bastante louváveis, merecendo aprovação por parte do Constituinte derivado.

5. A ampliação dos poderes do Chefe do Poder Executivo em matérias de organização administrativa e gestão orçamentária

A PEC nº 32/2020 elenca como um dos problemas que acometem a gestão pública, o engessamento excessivo da organização administrativa e da gestão orçamentária, temáticas que para sofrerem alterações, exigem, na maioria das vezes, aprovação prévia do Congresso Nacional.

Sob o discurso de fortalecer a prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo e de assegurar maior dinamismo na gestão administrativa e orçamentária, a Proposta de Emenda à Constituição busca promover significativas alterações nos artigos do texto constitucional que tratam da competência infralegal do Presidente da República, expandindo os seus poderes unilaterais e reduzindo a participação do Congresso Nacional em temas de organização administrativa e gestão orçamentária.

A PEC nº 32/2020 pretende inserir no artigo 84, VI, da Constituição Federal, novas atribuições que poderão ser exercidas pelo Presidente da República mediante decreto, desde que não ocasionem aumento de despesas, vejamos:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> VI - quando não implicar aumento de despesa, dispor por meio de decreto sobre:
> a) organização e funcionamento da administração pública federal;
> b) extinção de:
> 1. cargos públicos efetivos vagos; e
> 2. cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão, cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente, ocupados ou vagos;

> c) criação, fusão, transformação ou extinção de Ministérios e de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, observado o disposto no art. 88;
> d) extinção, transformação e fusão de entidades da administração pública autárquica e fundacional;
> e) transformação de cargos públicos efetivos vagos, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de liderança e assessoramento, funções de confiança e gratificações de caráter não permanente vagos ou ocupados, desde que seja mantida a natureza dos vínculos de que trata o art. 39-A; e
> f) alteração e reorganização de cargos públicos efetivos do Poder Executivo federal e suas atribuições, desde que não implique alteração ou supressão da estrutura da carreira ou alteração da remuneração, dos requisitos de ingresso no cargo ou da natureza do vínculo;

Vemos com bons olhos a previsão das prerrogativas que asseguram ao Poder Executivo a competência para transformar, alterar e reorganizar cargos públicos, respeitadas as condicionantes de manutenção da natureza dos vínculos, da estrutura da carreira e da remuneração correspondente aos cargos. Tais medidas flexibilizam adequadamente a gestão de pessoal e possibilitam que o Poder Executivo maneje os seus funcionários de acordo com as demandas enfrentadas pela Administração Pública.

Os pontos problemáticos da proposta estão nas alíneas "c" e "d" do dispositivo submetido ao exame do Congresso Nacional. A alínea "c" confere ao Presidente da República a competência para criar, fundir, transformar ou extinguir Ministérios e órgãos diretamente subordinados, ao passo que a alínea "d" assenta a competência do Chefe do Governo Federal para extinguir, transformar e fundir, por decreto, entidades da Administração Pública autárquicas e fundacionais.

Na prática, pretende-se suprimir o controle legislativo exercido sobre a reorganização dos Ministérios e sobre a gerência de autarquias e fundações federais quando não houver aumento de despesas, concentrando em uma só autoridade a tomada de decisões em matérias de alta relevância social.

A forma como se dará a organização ministerial do Executivo federal impacta diretamente na continuidade de políticas públicas e na alocação de competências, bem como sinaliza à sociedade quais os temas são prioritários para o Executivo federal. Em virtude deste elevado grau de importância, é salutar que ao Congresso Nacional seja oportunizada a possibilidade de avaliar as propostas de alteração nos Ministérios pretendida

pelo Executivo, e, eventualmente, sugerir aperfeiçoamentos ou correções que atendam aos anseios da sociedade.

Ademais, não vemos qualquer prejuízo causado por este controle legislativo à execução das atividades administrativas, pois o Presidente da República tem a prerrogativa de editar Medidas Provisórias para implementar, de imediato, as alterações pretendidas. Compreendemos, portanto, que a atual sistemática já proporciona Chefe do Poder Executivo federal a flexibilização e agilidade buscada pela PEC nº 32/2020, ao mesmo tempo em que permite o exercício de um controle por parte do Poder Legislativo.

A previsão contida na alínea “d” é ainda mais preocupante e criticável, pois concede ao Presidente da República o poder de extinguir, transformar ou fundir autarquias e fundações, sem autorização prévia do Poder Legislativo. Significa dizer que, por um ato exclusivo e unilateral do Chefe do Governo Federal, será possível extinguir importantes órgãos da Administração Pública indireta como, por exemplo, Ibama, Iphan, Banco Central, Cade, Agências Reguladoras, Universidades Federais e CNPq.

Nota-se que todos estes entes públicos exercem papéis fundamentais na implementação de políticas públicas nas áreas de meio ambiente, patrimônio histórico, política monetária, defesa da concorrência, regulação econômica, ensino superior e desenvolvimento científico. Políticas extremamente importantes e que impactam diretamente no cotidiano da sociedade, o que justifica o seu debate prévio no âmbito legislativo.

Há aqui uma evidente expansão despropositada dos poderes do Presidente da República. Basicamente o que a PEC nº 32/2020 faz é atribuir para uma só autoridade a competência para a tomada de decisões sobre organização administrativa em temas de alta relevância pública, o que não se mostra compatível com o postulado democrático e com a ideia de controle entre os Poderes consagrada no princípio da separação dos poderes.

A PEC nº 32/2020 também amplia as competências unilaterais do Chefe do Poder Executivo em matéria orçamentária. A proposta de nova redação do artigo 165, § 16, da Constituição Federal prevê a programação orçamentária única para a classificação de despesas realizadas no bojo de contratos de desempenho, firmados com base no § 8º do artigo 37 do texto constitucional, vejamos:

> Art. 37. § 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

> IV - a possibilidade de contratação, mediante processo seletivo simplificado, de pessoal com vínculo por prazo determinado, com recursos próprios de custeio.
> V - os procedimentos específicos para a contratação de bens e serviços;
> VI - a gestão das receitas próprias;
> VII - a exploração do patrimônio próprio;
> VIII - o monitoramento e a avaliação periódica das metas de desempenho pactuadas no contrato;
> e IX - a transparência e prestação de contas do contrato.
> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
> § 16. A lei orçamentária poderá conter programações únicas e específicas para os fins do art. 37, § 8º, independentemente da classificação da despesa." (NR)

Na prática, este conjunto de dispositivos confere um grande espaço de discricionariedade ao Chefe do Poder Executivo para decidir de que forma irá gerir e despender os recursos alocados nos contratos de desempenho, suprimindo a fase de debate legislativo prévio em que se discute a classificação das despesas públicas. Entendemos que a alteração constitucional pretendida pode afetar o nível de transparência orçamentária e minorar o papel do Poder Legislativo nas deliberações sobre a alocação dos recursos públicos.

Desta feita, concluímos que a concessão ao Presidente da República de poderes para, mediante decreto, transformar, alterar e reorganizar cargos públicos é uma medida positiva, pois flexibiliza adequadamente a gestão de pessoal e permite ao Poder Executivo manejar os seus funcionários de forma a atender as demandas enfrentadas pela Administração Pública.

Contudo, opomo-nos fortemente à redação proposta para as alíneas "c" e 'd" do inciso VI do artigo 84, bem como para a do artigo 165 da PEC, haja vista que expandem demasiadamente os poderes unilaterais do Presidente da República e suprimem o controle legislativo, o que, ao final, viola os princípios democrático e da separação dos poderes.

6. Outras alterações propostas pela PEC nº 32/2020

A PEC nº 32/2020 ainda pretende promover alterações no texto constitucional que não se encaixam nos quatro eixos temáticos até aqui analisados. Assim, vale tecer alguns comentários sucintos sobre duas destas propostas de alteração: **(i)** o art. 37-A que aborda a possibilidade de pactuação de instrumentos de cooperação entre entes públicos e entes privados; e **(ii)** o § 6º do artigo 173 da Constituição Federal.

A proposta de emenda à constituição pretende introduzir ao arcabouço constitucional o art. 37-A cuja redação dispõe que:

> Art. 37-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, na forma da lei, firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades, públicos e privados, para a execução de serviços públicos, inclusive com o compartilhamento de estrutura física e a utilização de recursos humanos de particulares, com ou sem contrapartida financeira.
> § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais para a regulamentação dos instrumentos de cooperação a que se refere o caput.
> § 2º Até que seja editada a lei federal a que se refere o § 1º, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão a competência legislativa plena sobre a matéria.
> § 3º A superveniência de lei federal sobre as normas gerais suspende, naquilo que lhe for contrário, a eficácia da lei estadual, distrital ou municipal.
> 4º A utilização de recursos humanos de que trata o caput não abrange as atividades privativas de cargos típicos de Estado.

Na exposição de motivos, o Governo Federal trouxe as seguintes justificativas para a proposição do dispositivo:

> A proposta também inova ao permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios firmem instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e privados para execução de serviços públicos, inclusive com o compartilhamento de estrutura física e a utilização de recursos humanos de particulares, com ou sem contrapartida financeira , garantindo assim que um Estado moderno, que cumpre sua função estabelecida pela Constituição, esteja apto a firmar os mais diversos tipos de parceria com a segurança jurídica necessária a garantir a prestação de serviços essenciais à população. A utilização de recursos humanos proposta não abrangerá as atividades privativas de cargos típicos de Estado.

Temos dúvidas quanto à relevância e à aventada inovação deste dispositivo. Ao que parece, o novel dispositivo proposto pelo Governo Federal aborda duas espécies de parcerias voltadas à execução de serviços públicos econômicos e sociais, quais sejam: (i) as parcerias público-públicas; e (ii) as parcerias público-privadas, aqui entendidas em sentido amplo.

Ocorre que as parcerias público-públicas já possuem previsão constitucional no artigo 241, que prevê a disciplina dos convênios de cooperação e dos consórcios públicos, vejamos:

> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Além disso, ambos os instrumentos já se encontram regulamentados pela Lei nº 11.105/2005, não havendo necessidade de se editar o diploma regulamentar previsto no § 1º do dispositivo proposto.

Por sua vez, no que concerne às parcerias público-privadas, estas também possuem assento constitucional (artigo 175 da CRFB), e são regulamentadas por inúmeros diplomas legais, tais como: (i) Lei nº 8.987/1995; (ii) Lei nº 11.079/2004; (iii) Lei nº 9.637/1998; (iv) Lei nº 9.790/1999; e (v) Lei nº 13.019/2014.

Assim, não vislumbramos qualquer utilidade ou inovação neste dispositivo, o que justifica o opinativo em sentido contrário à sua aprovação.

Com relação ao inciso XVI, do artigo 37, a Comissão entende que é desnecessária a previsão da proibição ali contida (vedação à realização de qualquer outra atividade remunerada), vez que cada respectivo estatuto já faz a devida mensuração quanto à necessidade da proibição e seu alcance, observadas as características de cada cargo e carreira.

Por derradeiro, cabe ainda analisar o aventado no art. 173, § 6º, da Constituição Federal, que conta com a seguinte redação:

> Art. 173. § 6º É vedado ao Estado instituir medidas que gerem reservas de mercado que beneficiem agentes econômicos privados, empresas públicas ou sociedades de economia mista ou que impeçam a adoção de novos modelos favoráveis à livre concorrência, exceto nas hipóteses expressamente previstas nesta Constituição.

Compreendemos que a proposta trará incontáveis impasses jurídicos na interpretação do que significa "*medidas que gerem reservas de mercado que beneficiem agentes econômicos privados, empresas públicas ou sociedades de economia mista ou que impeça a adoção de novos modelos favoráveis à livre concorrência*".

Será possível questionar, por exemplo, se a concessão pelos Estados da exploração de gás natural canalizado à empresa estatal não seria uma medida atentatória ao art. 173, § 6º, da Constituição Federal; ou se a constituição de parcerias societárias com empresas privadas seria enquadrada como uma medida que afronta a livre concorrência; ou ainda se o fomento estatal a determinada empresa desenvolvedora de projeto inovador não configuraria uma medida geradora de reserva de mercado.

Por esta razão, opinamos pela rejeição da proposta de inserção deste dispositivo no texto constitucional.

7. Conclusões

Conquanto a PEC nº 32/2020 traga algumas alterações positivas e com potencial de aprimorar a gestão pública, a conclusão a que chegamos é que a reforma constitucional proposta tem mais pontos negativos do que positivos, pouco contribuindo para solucionar os problemas atuais vivenciados na Administração Pública.

Pelo lado positivo, a PEC nº 32/2020 propõe algumas alterações interessantes, quais sejam: **(i)** a ampliação das hipóteses de contratação de servidores com vínculo determinado; **(ii)** a possibilidade de os servidores públicos não ocupantes de cargos típicos de Estado acumularem a remuneração de mais de um cargo efetivo; **(iii)** a extinção de um amplo rol de privilégios que contribuem para a discrepância entre os setores público e privado; e **(iv)** a concessão de poderes para o Presidente da República transformar, alterar e reorganizar a estrutura de carreiras do funcionalismo público.

Do lado negativo, a PEC nº 32/2020 consigna propostas que pouco alteram ou prejudicam o desenvolvimento adequado da gestão pública. A ampliação do rol de princípios vetores da Administração Pública aumentará a imprevisibilidade e a insegurança jurídica da gestão pública, além de se mostrar uma alteração inócua e impertinente.

O sepultamento da estabilidade de uma parcela dos servidores públicos efetivos não aparenta ser uma medida adequada para atender ao fim buscado pelo Governo Federal de aumentar a eficiência e produtividade da Administração Pública, o que poderia ser alcançado mediante a regulamentação e aplicação da avaliação de desempenho e a previsão de incentivos à produtividade.

A criação do vínculo de experiência abre as portas para o cometimento de atos contrários à impessoalidade na seleção de pessoal, bem como cria problemas de ordem prática. Um caminho muito mais adequado para

permitir a contratação de pessoal vocacionado e produtivo, seria o fortalecimento do estágio probatório.

A ampliação das funções desempenhadas por servidores de livre nomeação e exoneração vai de encontro ao profissionalismo na Administração Pública, e pode prejudicar a continuidade da execução de políticas públicas e das atividades administrativas quando da transição de gestões.

Por fim, a outorga de competência ao Presidente da República para, unilateralmente, criar, extinguir ou fundir Ministérios e entidades autárquicas e fundacionais, acaba por concentrar um grande poder nas mãos de uma única autoridade pública, mitigando o controle legislativo e social sobre os atos do Chefe do Poder Executivo federal, o que vai contra os princípios democrático e da separação dos poderes.

Esses são os apontamentos preliminares ao exame da Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020.

Curitiba, 05 de fevereiro de 2021.

EDGAR GUIMARAES
Presidente

ANA CLAUDIA FINGER

CRISTINA BICHELS LEITÃO

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

ROBERTO ALTHEIM

RODRIGO LUIS KANAYAMA