

## Nota Técnica da ANAFE à PEC 32/2020

Brasília, 27 de julho de 2021.

Exmo(a). Sr.(a) Deputado(a), Integrante da Comissão de Especial da Reforma Administrativa da Câmara dos Deputados,

A Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, entidade de abrangência nacional que representa advogados públicos das quatro carreiras da Advocacia-Geral da União – Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central, apresenta **Nota Técnica à Proposta de Emenda Constitucional n. 32/2020 (PEC 32/2020)**, que “altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa”.

2. No geral, o Relatório do Deputado Darci de Matos, apresentado perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados confirmou a constitucionalidade da PEC 32/2020. Porém, três questões foram ressaltadas: a) suprimiu-se a modificação no caput do art. 37, que incluía novos princípios para a Administração Pública, com destaque para a subsidiariedade; b) excluiu-se a vedação ao exercício de outras atividades econômicas pelos ocupantes de cargos típicos de Estado; e c) eliminou-se a possibilidade de o Presidente da República extinguir ou modificar autarquias ou fundações públicas por meio de decreto.

3. O Relator destacou que as questões mais controvertidas serão discutidas na Comissão Especial. Ressalte-se que 62 emendas obtiveram as assinaturas necessárias para votação no âmbito da Comissão Especial,, nos termos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

4. A presente Nota Técnica destaca a importância de proposições contidas em cinco emendas à PEC 32/2020, cujo objetivo é o aprimoramento da referida Proposta de Emenda Constitucional. Antes de analisá-las de modo específico, a ANAFE reitera a posição, manifestada na audiência pública da qual participamos, realizada em 6 de julho de 2021, no sentido de que as instituições de Estado e a Administração Pública brasileira necessitam de reformas visando ao incremento de sua governança e à efetivação dos direitos fundamentais. Todavia, a PEC 32/2020 não caminha nessa direção, configurando, ao contrário, um retrocesso que, de um lado, fragiliza o sistema de freios e contrapesos do Estado brasileiro e, de outro, reduz a universalidade, a equidade e a integralidade dos serviços públicos.

5. No que se refere às questões de governança, é inequívoco que a PEC 32/2020 fragiliza o vínculo institucional dos servidores públicos com a Administração e, por via reflexa, a integridade do interesse público que a lei lhes atribui proteger e promover. Mesmo nas chamadas atividades ou cargos típicos de Estado há clara erosão das garantias institucionais que conferem adequada proteção a quem exerce parcela das competências públicas, com vistas à realização do interesse público.

6. No que se refere à advocacia pública isso é particularmente grave, uma vez que a atividade desenvolvida pelo advogado público exige independência técnica para que possa se exercer seu mister de modo convergente com a maximização e a adequada proteção dos interesses que lhe são confiados.

7. Cabe aos advogados públicos (i) a defesa judicial e extrajudicial do Erário e das políticas públicas; (ii) a consultoria e o assessoramento jurídico das autoridades e gestores públicos; (iii) o auxílio ao gestor público no controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos; e (iv) a defesa dos agentes e gestores públicos, no exercício regular de suas funções, em face de ações de responsabilização.

8. Importante registrar que o advogado público exerce uma atividade transversal aos poderes na esfera de representação em que atuam. Ou seja, eles não representam o “Poder Executivo”, mas o próprio ente federativo. Na esfera da União, na qual atuam os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional – no âmbito da Administração Pública Federal Direta – e os Procuradores Federais e do Banco Central – na Administração Federal Indireta –, eles defendem os três Poderes e os agentes e gestores públicos que atuam em diferentes órgãos, incluindo, os órgãos judiciais, legislativos, MP e TCU.

9. A propósito, o art. 22 da Lei nº 9.028/95 atribui à Advocacia-Geral da União e a seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, **a defesa e a representação judicial** dos titulares e os membros dos Poderes da República, **incluindo os deputados federais e senadores**, de modo que **o enfraquecimento da AGU representaria o enfraquecimento do próprio Parlamento**, sem falar das autoridades do Poder Executivo. Isso implica na fragilização do princípio da separação de Poderes, na medida em que os órgãos acusadores – o Ministério Público – continuariam fortalecidos com diversas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios), **enquanto os defensores dos parlamentares** e autoridades do Poder Executivo (os advogados públicos) ficariam desprovidos de qualquer garantia institucional no plano da Constituição, na medida em que sequer lhes é assegurado o enquadramento como cargo típico de Estado.

10. Veja-se que a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) assegura, em seu artigo 7º, I e § 2º, e artigo 18, a liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado. Trata-se de garantia que se aplica indistintamente a todos os advogados, privados ou públicos, assentando-se na independência e na inviolabilidade que lhes é conferida pelo artigo 133, caput, da Constituição Federal, como um desdobramento do caráter essencial da advocacia à realização da justiça, ou, noutras palavras, à concretização daquilo que o saudoso professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto chamava de “Estado de Justiça”.

11. Cumpre lembrar que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 560.900/DF, destacou a importância da Advocacia Pública, como função essencial à justiça, justificando a aplicação de regras especiais e mais rigorosas de seleção por meio de concurso público, afirmando, *in verbis*, que: “A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das **funções essenciais à justiça** e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso,

a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionáíssimas e de indiscutível gravidade.”

12. Destaque-se, ainda, que a Constituição Federal tem como um de seus princípios fundamentais e cláusulas pétreas, o equilíbrio entre os poderes, harmônicos e independentes entre si. Com vistas a assegurar a concretização desse princípio, o Constituinte positivou no Título IV da Lei Fundamental, dedicado à Organização dos Poderes, tópico destinado especificamente às Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV).

13. Na dicção da Constituição Federal, são **funções essenciais à Justiça** o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e a Advocacia *stricto sensu*, situadas em um mesmo patamar hierárquico, não havendo que se falar em prevalência de uma dessas instituições sobre as outras.

Sem esses órgãos, **públicos** e privados de **advocacia**, **não pode haver justiça**, aqui entendida como a **qualidade ética** que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua **essencialidade** se dispuser dessas funções, **autônomas, independentes, onipresentes e, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de ‘essenciais à justiça’** (Título IV, Capítulo IV, da Constituição)<sup>1</sup>.

14. Feitas essas considerações, as mudanças veiculadas pela PEC 32/2020, a par de fragilizarem os vínculos e as garantias institucionais necessárias à proteção do interesse público, fiduciariamente confiado aos agentes e servidores públicos, configuram, do ponto de vista da advocacia pública, uma “escavação interna”, que esvazia o significado e a eficácia jurídica dos referidos vínculos e garantias<sup>2</sup>.

15. A Emenda n. 07, Emenda Substitutiva Global à PEC nº 32/2020, corrige diversos equívocos da proposta original. A principal correção refere-se aos cinco tipos de vínculo contidos no art. 39-A da proposição inicial – vínculo de experiência, como etapa de concurso público; vínculo por prazo determinado; cargo com vínculo por prazo indeterminado; cargo típico de Estado; e cargo de liderança e assessoramento.

16. A Emenda n. 07 estabelece três mudanças importantes na configuração dos cargos públicos no âmbito da PEC 32/2020. A primeira envolve a substituição do “vínculo por prazo determinado” pelo “cargo com vínculo permanente”. Ao mesmo tempo em que a mudança sugerida preserva a necessária diferenciação entre os dois cargos de provimento efetivo (o cargo com vínculo permanente e o cargo típico de Estado), ela atende à necessidade de assegurar que a estabilidade seja estendida a todos

---

<sup>1</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 31.

<sup>2</sup> A ideia de escavação interna, historicamente aplicável aos direitos fundamentais, descreve uma situação em que as restrições aplicadas a um determinado direito são tão intensas que o direito, embora preserve sua vigência formal, perde seu significado material (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 264). Aplicando-se a ideia ao esvaziamento das garantias institucionais, tem-se uma situação tal em que a garantia perde parte importante de sua eficácia, já não cumprindo mais sua função de assegurar ao agente a independência necessária ao cumprimento de seu múnus.

os cargos de provimento efetivo, como garantia institucional necessária à proteção ao interesse público.

17. A segunda mudança envolve a configuração dos cargos de liderança e assessoramento, com o estabelecimento de balizas à escolha dos possíveis selecionados para o exercício de atribuições gerenciais e técnicas e a reinserção das funções de confiança, privativas de servidores do quadro efetivo. À semelhança do que estabelece o artigo 37, inciso V, da Constituição em vigor, a mudança sugerida reinsere a previsão legal de preenchimento dos cargos de liderança e assessoramento por servidores de carreira, e reserva a esses servidores a ocupação das funções de confiança.

18. Por fim, a mudança exclui o vínculo de experiência como forma de ingresso do serviço público, restabelecendo o estágio probatório de três anos como instrumento de avaliação da aptidão do servidor público para o exercício de cargo de provimento efetivo.

19. A fundamentação de mudanças sugeridas em outros tópicos da Emenda Substitutiva Global n. 07 consta da própria justificação da referida emenda, dispensando-se a apresentação de novos argumentos.

20. É necessário, porém, justificar quatro emendas que tratam de temas específicos, que representam grave ameaça ao caráter público e republicano dos serviços públicos e da advocacia pública federal, a saber: (a) a indefinição das carreiras ou dos cargos típicos de Estado, (b) a inserção do vínculo de experiência como forma de acesso aos cargos típicos de Estado; (c) o enfraquecimento da estabilidade dos atuais e futuros servidores; e d) o ingresso de pessoas estranhas ao quadro efetivo por meio dos cargos de liderança e assessoramento.

21. A ausência de definição ou de critérios de definição das **carreiras ou cargo típicos de Estado** é fator que gera extrema insegurança jurídica sobre o tema, algo incompatível com a própria ideia de diferenciar atividades típicas e não típicas. A Constituição Federal, em seu artigo 247, fala de “atividades exclusivas de Estado”, preceito que jamais foi regulamentado.

22. Ao deixar em aberto essa definição, a PEC 32/2020 cria a possibilidade formal de atividades que são inequivocamente qualificadas como típicas de Estado serem arbitrariamente qualificadas como não típicas. Pior, abre a possibilidade de ser definida e, num momento seguinte, em razão de interesses ou avaliações conjunturais, o cargo ser desenquadrado como típico. Essa opção enfraquece a normatividade da própria Constituição e gera profunda insegurança jurídica.

23. Por exemplo, como ficariam as admissões que fossem feitas durante o período em que lei complementar definisse que os advogados públicos realizam atividade típica, mas que venha a ser modificada para retirar os advogados desse enquadramento? Os advogados assim admitidos perderiam a estabilidade? Ou isso se aplicaria apenas aos que fossem admitidos depois disso? Como conviveriam advogados admitidos em regimes diferentes?

24. Além disso, a simples possibilidade de advogados públicos serem considerados como atividade não típica se constitui em si mesma um rebaixamento

institucional e mesmo simbólico em relação ao Ministério Público. De um lado, defendendo parcela do interesse público, atuaria o representante do *parquet*; de outro lado, defendendo parcela igualmente relevante do interesse público, atuaria um advogado cuja estabilidade, além de estiolada, passaria a depender de escolha discricionária do legislador.

25. Por fim, a PEC ignora uma noção constitucional relevantíssima, ao fazer tábula rasa da noção de “função essencial à justiça”, consolidada no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal. De duas uma: ou a PEC dedica às funções essenciais à justiça tratamento próprio (solução ideal), que as equalize, ou define expressamente que o exercício de função essencial à justiça é considerado cargo típico de Estado.

26. Nesse contexto, das emendas que receberam assinaturas suficientes para discussão e deliberação no âmbito da Comissão Especial da Reforma Administrativa, a que melhor trata essa questão é a **Emenda n.º 06**, de autoria do **Deputado Federal Lincoln Portela (PL/MG)**, que altera o §1º do art. 39-A da Constituição Federal previsto no art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 2020, com a finalidade de considerar como típicos de Estado os cargos de carreira já previstos nessa Constituição Federal, bem com os que vierem a ser estabelecidos em lei complementar federal.

27. A segunda fragilidade que apontamos está no ingresso por meio do “**vínculo de experiência**” (art. 39-A, inciso I). Não se trata apenas da ausência de estabilidade, que, na vinculação atual, adquire-se após avaliação positiva durante o estágio probatório, mas de uma etapa do próprio concurso, o que confere ao vínculo de experiência feições de extrema precariedade. Com isso, o acesso ao cargo de provimento definitivo passa a depender não apenas de avaliação positiva, como ocorre no estágio probatório, mas da classificação dentro do quantitativo de vagas previsto no concurso público.

28. Conforme destacado na mencionada Nota Técnica 69/2021, referindo-se aos vínculos desprovidos de estabilidade:

Outra modificação trazida pela PEC que facilitará a captura do Estado é a limitação do instituto da estabilidade no cargo público, ao qual somente terão direito os servidores ocupantes de “cargos típicos de Estado” (conceito jurídico introduzido pela PEC, porém não definido). **As demais formas de contratação (vínculo de experiência, vínculo por prazo determinado e cargo com vínculo por prazo indeterminado, além de, via cooperação, acessar recursos humanos de particulares) se constituem em relações mais frágeis, cuja dispensa poderá ocorrer a qualquer momento**, dentro de condições a serem estabelecidas em lei ordinária (art. 41-A, II, “a”). **Uma força de trabalho receosa da perda de seus empregos (que estará em situação próxima à dos atuais cargos em comissão sem vínculo) certamente estará em menor condição de opor resistência a comandos que visem a satisfação de interesses privados.**

29. Essa modalidade de vínculo esmaece, em lugar de fortalecer a proteção institucional, criando um ambiente de avaliação contraditório com a finalidade a que se destina. Isso porque o “candidato” a advogado público passa a exercer as atribuições do cargo sem as garantias necessárias para adequada proteção da parcela do interesse público que lhe compete. Na realidade, não se “experimenta” o advogado, dividido que ficará

entre o impulso de proteger o interesse que lhe é confiado e atender às expectativas do avaliador, superando os demais candidatos na disputa por vagas escassas. Trata-se, portanto, de uma situação completamente antitética com a ideia de independência do agente público.

30. Nesse sentido, em relação aos cargos típicos de Estado, a correção de rumos é feita pela **Emenda n.º 18**, de autoria do **Deputado Federal Darci de Matos (PSD/SC)**, que altera a redação dos incisos II-B e XVI do art. 37 e do *caput* do art. 41, ambos da Constituição Federal e constantes no art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 2020.

31. A terceira fragilidade reside no próprio **enfraquecimento da estabilidade dos atuais e futuros servidores públicos**. Com efeito, caso seja selecionado durante o vínculo de experiência e sua atividade esteja entre as definidas como típicas de Estado, o servidor passaria a se vincular à Administração Pública por meio de um cargo que, embora “típico de Estado”, teria garantias substancial e procedimentalmente fragilizadas, quando comparadas com as garantias dos atuais cargos de provimento definitivo.

32. As mudanças propostas no instituto da estabilidade – possibilidade de demissão após decisão de órgão colegiado ou por insuficiência de desempenho segundo critérios que passarão a ser definidos em lei ordinária – caminham no sentido da fragilização da estabilidade. De um lado, a dispensa ao trânsito em julgado implica uma limitação desmedida da presunção de inocência, do devido processo e da ampla defesa; de outro lado, o fato de a lei ordinária passar a regular as hipóteses de dispensa por insuficiência de desempenho cria a possibilidade de que tal matéria venha a ser objeto de medida provisória, opção sabiamente interdita pela atual Constituição.

33. Cabe mencionar, também, o aprofundamento da disparidade de armas entre o MP e a Advocacia de Estado. Os membros do MP, que são protegidos pela vitaliciedade, somente poderão perder seu cargo por sentença judicial transitada em julgado (art. 128, I, a). Os advogados públicos, por sua vez, passarão a ser demissíveis não apenas em virtude de decisão transitada em julgado, mas de decisão “proferida por órgão judicial colegiado” ou “mediante avaliação periódica de desempenho, na forma da lei, assegurada a ampla defesa”, hipóteses que serão aplicadas, inclusive, aos servidores que já adquiriram estabilidade no serviço público, conforme destacado na Exposição de Motivos da PEC 32/2020.

34. Essa fragilidade é corrigida, em parte, pela **Emenda n.º 36**, de autoria do **Deputado Federal Darci de Matos (PSD/SC)**, que altera a redação do §1º do art. 41 da Constituição Federal, alterado pelo art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 2020.

35. Por fim, a quarta ameaça de maior gravidade à integridade institucional da Administração Pública consiste na ampliação da possibilidade de **ingresso de pessoas não aprovadas em concurso público nos órgãos da advocacia pública**, por meio da “substituição gradual das atuais funções de confiança e dos cargos em comissão pelos cargos de liderança e assessoramento” (Exposição de Motivos da PEC 32/2020 e artigo 4º da PEC 32/2020). Trata-se de uma investida contra o caráter público, republicano e

transversal da advocacia de Estado, encarregada de representar não apenas o Poder Executivo, mas órgãos e agentes dos demais poderes e órgãos autônomos.

36. Sobre o tema recorreremos, mais uma vez, à já mencionada Nota Técnica 69/2021, que ponderou, com precisão:

Com a PEC, assim, haveria uma relevante expansão na quantidade de postos que poderão ser ocupados por pessoas sem vínculo com a administração pública. Essa expansão será composta pela soma: i) da totalidade das atuais funções de confiança; ii) da parcela de cargos em comissão atualmente destinados a servidores de carreira. **Com isso, a expansão mínima prevista é de em torno de 207,3 mil postos (156.028 funções de confiança + 51,3 mil cargos em comissão hoje ocupados por servidores de carreira). Teríamos, assim uma expansão de pelo menos 29% no montante de postos que podem ser ocupados por pessoas sem vínculo.** Para o fiel cumprimento de seu mister institucional, é importante que os dirigentes e gestores dos órgãos sejam escolhidos entre seus membros, como ocorre no MP e na Defensoria.

37. Além dos impactos fiscais negativos, em termos de incremento do gasto direto, a possibilidade do ingresso de pessoas estranhas aos quadros efetivos da Advocacia Pública e para exercício de atribuições estratégicas representa grave risco de captura do Estado por interesses particulares e de aumento da corrupção, do tráfico de influência e de toda sorte de práticas clientelistas.

38. Com efeito, transferir o exercício de atribuições estratégicas, gerenciais e mesmo técnicas para pessoas não concursadas, nomeadas com base em critérios políticos, representa grave retrocesso em relação à atual redação do art. 37, V, da Constituição Federal. Isso “facilita a captura do Estado, pois permite que agentes visando interesses privados ocupem todos os postos de comando do serviço público, passando a dirigir, por meio do poder hierárquico, toda a força de trabalho”. Ademais, ao permitir que os novos cargos de liderança e assessoramento se ocupem também de **atribuições técnicas**, até aqui reservada a servidores e advogados públicos, “permitirá um nível inédito de aparelhamento (...)”, abrindo a porta “para uma completa captura do Estado, envolvendo toda a estrutura hierárquica, até o nível operacional, com a substituição de servidores concursados por pessoas sem vínculo com a Administração” (Nota Técnica 69/2021).

39. Nesse sentido, a **Emenda n.º 40**, de autoria do **Deputado Federal Darci de Matos (PSD/SC)**, corrige em parte esse problema ao inserir um inciso V-A do artigo 37 da Constituição Federal, constante no art. 1º da Proposta de Emenda Constitucional nº 32, de 2020, ao estabelecer que “os cargos de liderança e assessoramento no âmbito das funções essenciais à justiça, dos órgãos policiais, dos órgãos fiscais de cada ente e da diplomacia serão exercidos exclusivamente por integrantes das respectivas carreiras.”

**Lademir Gomes da Rocha**  
**Presidente da ANAFE**