

Regime de Servidores Contratados de Agências Reguladoras

*Diogo de Figueiredo Moreira Neto*¹

I Parece que em nosso país não gostamos de planejamento

As **agências reguladoras** são instituições relativamente recentes no quadro legal brasileiro, mas, embora oportunas, foram deficientemente planejadas e precariamente implantadas, ressentindo-se de uma conveniente adaptação dos modelos inspiradores ao sistema jusadministrativo vigente.

Em razão desse descompasso e premida pela necessidade de dar efetividade operacional a essas entidades criadas sob a forma de **autarquias**, a Administração, muito em razão **dessa deficiência de planejamento** e, por isso mesmo, de uma cuidadosa previsão para sua implantação, notadamente com relação ao provimento de **recursos humanos**, acabou precipitadamente optando pela **contratação trabalhista** de seu pessoal.²

Posteriormente, alertado e diante de orientação judicial da mais alta Corte do País, que concluía pela inconstitucionalidade da investidura sob o regime trabalhista,³ o Governo Federal, a pretexto de **corrigir** aquela infeliz opção inconstitucional, alterou o regime da investidura dos servidores das agências reguladoras, substituindo a originária **contratação pelo regime trabalhista** pela **contratação temporária sob regime administrativo**,⁴ regime regulado na União pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular da Universidade Cândido Mendes, Presidente do Instituto Atlântico, membro da Academia Internacional de Direito e Economia.

² Art. 1º da Lei nº 9.986/2000.

³ Liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello na ADI 2310 MC/DF.

⁴ Art. 6º da Lei nº 10.871/2004.

Esse regime, necessariamente de previsão constitucional,⁵ que, como é sabido, está exclusivamente destinado a atender à **necessidade temporária em condições de especial interesse público**, passou desde então a ser o empregado para a formação inicial dos **quadros técnicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades-fim das agências reguladoras existentes**, incluída entre essas atividades a **importante e preliminar tarefa de definir os marcos regulatórios dos setores sensíveis que foram deslegalizados** – o que constitui, sabidamente, a pedra de toque que caracteriza e fundamenta o novel instituto da regulação.

Assim constituídos esses quadros “**provisórios**”, como soe ocorrer com tantas outras instituições no País, essa situação precária e irregular se vem perpetuando, **prorrogadas** essas contratações, por sucessivos diplomas.

Não obstante terem sempre falhado no intento de corrigir a irregularidade original das investiduras, é inegável que todas essas prorrogações passaram a ser, desde então, **imprescindíveis ao próprio funcionamento das agências reguladoras**, uma vez que, dada a **capacitação técnica dos “agentes temporários”** – razão pela qual foram eles selecionados – a que se acresceu a sua experiência funcional, aperfeiçoada exatamente nos difíceis anos de implantação institucional, e, ainda mais, em razão da crônica tardança na realização dos concursos públicos específicos para preenchimento de seus cargos, os servidores *provisórios*, desde sua implantação, **vieram a se tornar essenciais ao serviço das respectivas agências reguladoras**.

Em suma, tanto as **contratações** como as sucessivas **prorrogações** na condição de **temporários** contrariam cumulativamente a legislação, o Direito, o conceito doutrinário de regulação e o entendimento jurisprudencial prevalecente, de modo que, mantida pela inexplicável e paradoxal inércia da Administração **em sanar de ofício a ilegalidade visceral de suas investiduras**, esta situação **pende de correção**, ainda que em instância judicial.

Acresce a esses argumentos, que paira sobre os servidores *temporários*, colhidos nesse impasse, uma real **ameaça de extinção de seus contratos**, em razão da MP 269/2005, ferindo, a sua eventual consumação, seus direitos subjetivos públicos constitucionais já conquistados à **estabilidade** no serviço público, já que a **efetividade é imanente às funções por eles desempenhadas** pelo menos há mais de três anos, em suas respectivas Agências, sendo que muitos deles já alcançam oito anos de exercício funcional contínuo e exclusivo.

Em suma: os legisladores ao escolherem essa modalidade de investidura de caráter temporário invocando como **motivação**, legalmente prevista, um **excepcional interesse público**, não cuidaram, como deveriam, de conciliar adequadamente o **regime de investidura de agentes regulatórios** com a **natureza jurídica das funções regulatórias** a serem por eles desempenhadas.

⁵ Art. 37, XI, CF.

Como nota de reforço, a quase totalidade dos servidores que se encontram nesse limbo jurídico ostenta a condição constitucional de terem sido **admitidos por concurso público**, porquanto, não obstante haja feito a escolha equivocada do regime de investidura, ainda assim, o Governo Federal, para processar-lhes os provimentos, **se lhes exigiu a aprovação em concursos de provas e de provas e títulos**, embora, despistatoriamente, esses certames tenham sido convocados sob a denominação, menos convencional, de “**processo seletivo simplificado**”.

Parece, portanto, que realmente desprezamos o planejamento e apreciamos a **improvisação** na implementação de **políticas públicas**.

2 Definição pontual de aspectos jurídicos controvertidos

Sublinhou-se a **falta de previsão** do Poder Público – que é algo muito grave pelas conseqüências que acarreta – mas, tanto quanto a postergação inconstitucional do **planejamento** de Estado, não obstante ser taxativamente **impositivo** para o setor público,⁶ há também aspectos irregulares atinentes ao **regime de pessoal** adotado para esses provimentos iniciais, tanto em nível constitucional, como em nível legal.

Assim, em nível **constitucional**, destacadamente, são aspectos a serem examinados:

- a) a **natureza jurídica** constitucionalmente correta da **investidura dos agentes reguladores**;
- b) os **requisitos constitucionais** materiais e formais em **concursos públicos** para provimento de cargos e empregos públicos;
- c) a existência de **direito difuso** constitucionalmente protegido da **cidadania** à satisfação das condições jurídicas de **independência** no exercício da função administrativa regulatória;
- d) a existência de **direito subjetivo** individual de assento constitucional dos servidores à declaração da **efetividade** de suas respectivas investiduras;
- e) a existência, em reforço, de **direito subjetivo** individual de assento constitucional dos servidores à **estabilidade** de seu *status* funcional assegurado pelo princípio da segurança jurídica;
- f) a proteção da **boa-fé** dos servidores, como aplicação do princípio da **segurança jurídica**, contra dispensa injusta.

E, em nível **infraconstitucional**, têm-se ainda os seguintes tópicos a serem considerados:

⁶ Art. 174, *caput*, CF.

- a) a ausência da caracterização da **necessidade de excepcional interesse público**, que autorizaria o emprego do instituto da **contratação temporária** para a investidura em funções típicas de Estado;
- b) a **previsibilidade** administrativa da mais do que óbvia necessidade de prover, com pessoal habilitado, o serviço das agências criadas – o que um **imprescindível planejamento estatal** jamais poderia ter relegado;
- c) a validade da **transformação da contratação sob o regime comum trabalhista (celetista) em contratação temporária administrativa**, tal como veio a ser operada pela Lei nº 1.0871/2004, editada à guisa de pretendida correção do disposto na Lei nº 9.986/2000.

3 Os regimes jurídicos constitucionais instituídos para admissão de servidores públicos e seus respectivos endereçamentos substantivos

Inicie-se por explorar brevemente o *rationale* de haver o constituinte brasileiro optado por instituir **três regimes** para o desempenho de funções públicas: o **estatutário**, o **trabalhista** e o **temporário**.

O REGIME ESTATUTÁRIO

Trata-se do regime em que as relações entre o servidor e o Estado – direitos, deveres e demais aspectos funcionais – **estão previstos em lei**: os assim denominados **Estatutos**.

Os arquitetos dessa teoria, DUGUIT, HAURIU e D’ALESSIO, enfatizam, particularmente, como qualidade do regime, o fato de não ser a Administração a fixá-lo, com suas condições de ingresso, de desempenho e de permanência, mas o Estado, atuando através da lei.

Resulta claro que, assim instituído, este é o regime que historicamente tem atendido à necessidade de dar suficientes **garantias aos servidores contra abusos, que possam ser perpetrados sob a cobertura espúria do poder hierárquico**.

Entre essas, indubitavelmente, a **garantia maior** prevista na Constituição, ao instituir este regime geral de servidores no Capítulo VII de seu Título III, é a outorga da **estabilidade** no serviço público, assegurada na forma do art. 41 da Constituição brasileira.

Não é necessário laborar mais extensamente sobre a imprescindibilidade da adoção deste específico regime, com afastamento de qualquer dos dois outros, de natureza contratual, **sempre que o servidor deva exercer funções de agente**

de poder, ou seja, sempre que a Constituição ou a Lei lhe cometa o exercício de **uma parcela do poder estatal**. É esta peculiaridade que a doutrina tem caracterizado como **cometimento de funções de Estado** – para o desempenho de atribuições que devam executar em qualquer medida o **monopólio estatal da coerção**.

O REGIME TRABALHISTA

O **trabalhista** (*celetista*) é o **regime comum de prestação de trabalho**, definido fundamentalmente nos arts. 7º e 8º da Constituição, na Consolidação das Leis do Trabalho e nas demais legislações laboristas, embora nas relações de trabalho que são travadas com o Poder Público existam ainda **regras especiais** a serem observadas,⁷ que, por isso, caracterizam em seu conjunto a **relação trabalhista de emprego público**.

Este regime despe o servidor das garantias estatutárias, sendo, portanto, aplicável àqueles que são admitidos como **empregados públicos**, ou seja, para o exercício de funções **que não apliquem o poder coercitivo do Estado nas relações com os administrados**. Em outros termos: trata-se de um regime que não se presta para o exercício de **funções de Estado**, voltando a empregar essa nomenclatura, hoje difundida não apenas no direito, como já de usança no jargão administrativo.

O REGIME TEMPORÁRIO

O terceiro regime, que vem especialmente previsto no art. 37, IX, da Constituição, é a **contratação por tempo determinado**, que vem instituído para atender à **necessidade temporária de excepcional interesse público**, e, por isso, também denominado de **regime especial**, para distingui-lo dos dois regimes comuns referidos.

É especial, também, porque se trata da única possibilidade de **contratar administrativamente** um servidor, sem prestação de concurso público.

A abertura constitucional à admissão de servidores por este regime está dirigida aos legisladores das entidades políticas da Federação, de modo que poderão existir tantas formas de regrá-los quantas unidades o instituíam para seus próprios serviços temporários de excepcional interesse público, sendo que, no plano federal, rege-o a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993 (com alterações posteriores).

Necessariamente, sublinhe-se, este regime é concebido como **temporário**, ou seja: não pode ser substitutivo de cargos públicos, senão que serve, exclusivamente, para atender a situações que se submetam a essa dupla condição:

primo – **situação temporária e**

secundo – **de excepcional interesse público.**

⁷ Arts. 37, 38 e 39 da Constituição.

Tal **duplo condicionamento** significa que, como **conceitos jurídicos indeterminados que são**, esses balizamentos fáticos podem e devem ser objeto de **sindicância judicial, sempre que ameaçados de violação ou violados em seu núcleo conceitual.**

Pelos mesmos motivos expostos quanto ao regime trabalhista, que é também contratual – e até *a fortiori* – esses servidores temporários **tampouco se encontram cobertos por garantias funcionais** que lhes outorguem um mínimo de segurança em termos de **estabilidade** no serviço público – segurança que, não obstante necessária, nem os beneficia nem aos administrados, no que concerne ao desimpedido exercício de **funções de Estado** – aquelas em que o **poder de coerção estatal** deva ser por eles empregado.

4 Natureza jurídica do específico endereçamento funcional das atividades-fim de regulação em setores econômica e socialmente críticos

Expostas as três opções da Administração para admissão de pessoal a seu serviço, passa-se a examinar qual delas corresponderá constitucionalmente à **atividade jusadministrativa da regulação**. Dito de outro modo: até que ponto vai a discricção do legislador em adotar um ou outro desses regimes em função das **atividades** que deva desempenhar o servidor e em que condições deverão fazê-lo.

NATUREZA JURÍDICA DA REGULAÇÃO

Cabe aqui traçar conceptualmente o desenho das **instituições jurídicas** que presidem, no Direito Administrativo contemporâneo, o desempenho dessas criativas **funções de preservação da homeostasia** em certos setores críticos da convivência social e econômica, de modo a proporcionarem o **máximo de eficiência e de segurança** na solução de problemas setoriais conflitivos, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da **flexibilidade negocial privada** com o **rigor da coercitividade estatal**.

A essa **atividade** – funções homeostáticas incidentes sobre os subsistemas de harmonização setorial – é que se denomina de **função reguladora, ou regulatória**, uma expressão que, não obstante o étimo que a aproxima da voz vernácula **regra**, é, na verdade, um **híbrido de atribuições de variada natureza**: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras.

Esse **complexo de funções** de variada natureza vai cometido a um **órgão regulador** criado na estrutura administrativa do Estado, para que este defina qual deva ser o **interesse público específico que deverá prevalecer e ser satisfeito** nas relações sujeitas à regulação. Como se observa, **define-se desse modo uma**

função tipicamente estatal, por conexas à própria caracterização que lhe incumbe, na hipótese, do **interesse público**, que vem em tese estampado em sua lei instituidora.

Não se trata mais, portanto, da antiga e tradicional **aplicação de uma definição legal vinculadora de certo interesse público específico**, nem, tampouco e muito menos, **de chegar a uma definição legal discricionária**, que é a que deve ser integrada pelo administrador por subsunção, pois, **na regulação**, distintamente, o **interesse específico** que deverá prevalecer nas relações submetidas a essa função já não estará **predeterminado**, senão que **deverá ser administrativamente deduzido** do conjunto dos fatos, pelo exercício qualificado, negociado e ponderado⁸ dessa **função regulatória**.⁹

Mais uma vez e por esse outro motivo, assoma a toda evidência que a **atividade administrativa reguladora é uma típica função de Estado** – pois só a este cabe inferir e definir impositivamente um interesse público.

Em suma, agora com remissão à classificação mais difundida: a **regulação** se expressa basicamente por um **complexo** de funções clássicas – **administrativas, normativas e judicantes** – todas tipicamente estatais, variando apenas o **método decisório** a ser empregado.

Com efeito, quanto às **funções administrativas**, elas serão exercidas em qualquer dos campos em que se desdobra a administração pública, ou seja: tanto no campo da **polícia administrativa**, quanto no dos **serviços públicos**, no do **ordenamento econômico** ou no do **ordenamento social**, inclusive no do **fomento público**, envolvendo, materialmente, desde a prática de atividades preparatórias, de **planejamento** àquelas implementadoras, de **gestão**.

Quanto às **funções normativas**, além da modalidade tradicional da **regulamentação secundária**, própria da Administração, que produz efeitos **introversos** no âmbito de seus órgãos, existem essas mais recentes, tipicamente **regulatórias**, que se caracterizam por seus efeitos **extroversos** sobre as matérias que hajam sido **deslegalizadas** para criar o espectro regulatório, e na medida em que o foram.

Finalmente, quanto às **funções judicantes**, elas podem ser exercidas sob diferentes modalidades, todas com características **não jurisdicionais**, como o são as atividades de **conciliação**, de **mediação** e até de **arbitramento** de interesses em conflito.

Nesta última hipótese, o acesso ao Poder Judiciário, garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição, poderá eventualmente submeter-se, como ocorre no Brasil, na

⁸ A atividade de **ponderação de interesses**, como ensina G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, realiza-se mediante “a aplicação ou a definição de regras de comportamento e standards” que tutelam diferentes valores e finalidades (*Le autorità amministrative indipendenti*, Roma – Bari, Editori Laterza, 2001).

⁹ Esta lição encontra suporte na boa doutrina de SILVIA A. FREGO LUPI, in *L’Amministrazione Regolatrice*, op. cit., p. 112.

forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, à presumida **adesão** dos particulares, os que se interessarem em desenvolver suas atividades em setores regulados, a uma cláusula **compromissória legal de arbitragem**, respeitadas, porém, as limitações do próprio legislador, quando se tratar de compor litígios em que estejam em jogo interesses públicos específicos **indisponíveis**.

Deflui do exposto que o exercício integrado dessa **função estatal** composta de regulação evidencia algumas características absolutamente novas, tais como:

- 1º) **um novo processo político**, que rompe a linearidade da decisão administrativa, que se originava no partido governante e terminava no agente administrativo;
- 2º) **uma nova visão administrativa** especializada que hoje se legitima pelos **resultados** e não pelo cumprimento de trâmites burocráticos;
- 3º) **um novo tipo normativo**, que não apenas considera as razões da conduta individual, tal como a normatividade tradicional, mas as suas **consequências** específicas sobre o setor regulado;
- 4º) **uma nova postura coercitiva**, não apenas limitada à repressão de abusos, porém mais voltada à **prevenção de desequilíbrios** nos sistemas regulados;
- 5º) **uma nova concepção de relacionamento público**, além da simples subordinação dos agentes privados mas na **cooperação** para lograr a homeostasia;¹⁰ e
- 6º) **um novo iter de permanente retroalimentação do sistema setorial a seu cargo**, como atentamente sublinha MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, considerando a imensa complexidade da administração pública nos Estados contemporâneos e a necessidade de **produzir continuamente correções oportunas e flexíveis**, o que vem a ser afinal uma das características mais interessantes e inovadoras da função regulatória.¹¹

NATUREZA JURÍDICA DOS ÓRGÃOS REGULADORES

Não obstante a demonstrada característica **estatal** da função de regulação, é bem verdade que se tem suscitado alhures alguma dúvida sobre o próprio **enquadramento juspolítico dos entes reguladores**: ou seja, se seriam eles **órgãos do Estado** ou **órgãos da sociedade**.

¹⁰ Um detalhado desenvolvimento desses aspectos aqui alinhados se encontra na obra citada de G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 203 e 204.

¹¹ Apud intervenção recolhida e também gravada, por ocasião do *I Ciclo de Estudos de Direito da Regulação*, já mencionado, realizado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Essa perplexidade quanto à natureza jurídica dos **entes reguladores** já tinha sido suscitada desde o século passado quanto às *public authorities* norte-americanas¹² por estudiosos desse fenômeno¹³ que constataram que “o *setor público estatal dos Estados Unidos contém um grande número de entidades de difícil catalogação, híbridas que se movem entre o ‘público’ e o ‘privado’*”, havendo, de modo geral, para quem quer se acerque do setor público daquele País, uma grande dificuldade em discriminar o que sejam entes do estamento burocrático estatal e entes da sociedade civil organizada, tão nele expandido e imbricado é o setor público não estatal.¹⁴

Embora exista uma impressionante diversidade de modelos dessas **agências** em todo o mundo, que vão desde as entidades privadas reguladoras, passando pelo modelo híbrido dos *Quangos* britânicos,¹⁵ até o regime público administrativo prevalente na Europa continental, que também é o de nosso País, a tendência acolhida foi a de instituir esses entes **com características estatais**, que são, no caso, aquelas legal e doutrinariamente **reconhecidas às autarquias tradicionais**, que estariam apenas **diferenciadas pelo acréscimo de um certo reforço à sua autonomia** – o que se lhes atribui **exatamente para melhor exercerem a função administrativa regulatória**.

Em outros termos: esse **acrécimo de autonomia** vem em reforço da conclusão, que aqui se pretende enfatizar, **de que tais entes regulatórios, no direito brasileiro, exercem efetivamente típicas funções de Estado**.

Assim é que o conceito de **descentralização autárquica**, como **desdobramento do Estado** para o exercício específico de certas funções **que lhe são típicas**, depois de décadas de declínio, veio a ressurgir restaurado e renovado, em vários países, inclusive no Brasil, escolhido como a melhor solução para conciliar a **atuação imperativa** do Estado com a **atuação negocial**, um hibridismo característico do exercício da **função de regulação**, reforçando esses órgãos, até mesmo, com o que se poderia apontar como um **plus de autonomia** – ou seja, **de um incremento de poder estatal não comum às autarquias tradicionais** – daí a designação de **agências independentes**, adotada em vários sistemas, marcando, desse modo, o afastamento pretendido entre esses entes e as burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, garantindo o relativo isolamento pretendido de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária.

¹² As **agências** são definidas por exclusão na Lei de Processo Administrativo dos Estados Unidos da América, de 1946, o *Administrative Procedure Act* (5 USC 551).

¹³ KENNETH CULP DAVIS oferece a seguinte definição em seu Tratado de Direito Administrativo norte-americano: “É uma autoridade governamental, distinta do corpo legislativo, que afeta os direitos das pessoas privadas através de atos administrativos” (que são, na nomenclatura administrativa norte-americana, os *adjudicatory acts*) (in *Administrative Law Treatise*, 2. ed., 1978, p. 9).

¹⁴ ANGEL MANUEL MORENO MOLINA, *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de América*, op. cit., p. 41.

¹⁵ As *Quasi administrative non governmental entitites* – *Quangos*, do sistema administrativo inglês.

O REQUISITO ORGÂNICO PARA A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO

Em se retornando à **autonomia**, embora um conceito polissêmico, como tantos outros no Direito, parece suficiente lembrar que, **como característica das agências reguladoras**, além das próprias das autarquias em geral, há essa outra, com uma nova dimensão de autodeterminação, que resulta da abertura, pela lei, de um **espaço decisório deslegalizado** em setores da vida econômica ou social.¹⁶

Como **conseqüência**, certos aspectos passam a requisitos relevantes para o desempenho de suas funções, como a imparcialidade, que é a própria finalidade de se lhes outorgar uma autonomia qualificada aos órgãos reguladores, pois tal característica tem-se como **imprescindível** para que os agentes reguladores cheguem à definição *in casu* de qual deva ser afinal o interesse geral – como aquele que devem retirar dos fatos e fazer prevalecer, sopesando, balanceando, ponderando, para tanto, todos os interesses em jogo, inclusive os interesses públicos genéricos, sem considerá-los subjetivamente, ou seja, em função das pessoas que os deduzam ou os defendam – uma vez que a lei deslegalizadora, como já se expôs, não contém qualquer pré-definição de interesses públicos específicos sobre a matéria da regulação instituída, pois a delegam à função regulatória.

Na verdade, em se tratando de relações sujeitas à regulação, a doutrina é clara: “*Não há prevalência de um interesse público sobre interesses privados, mas necessária coexistência de todos os interesses em jogo*”,¹⁷ daí a exigência de **imparcialidade** na função regulatória.

Observe-se que essa **imparcialidade** é, desde logo, de natureza **política**, e, neste sentido, pode-se falar de **neutralidade político-partidária**, pois “*não há um objeto político a perseguir, a função é neutra*”, como afirma SILVIA A. FREGO LUPI,¹⁸ assertiva irretrucável, uma vez que a **deslegalização** implica, precisamente, a **ausência de alguma definição legal prévia de um interesse público específico**, pois que o legislador deixará de defini-lo precisamente para que o agente regulador especialmente habilitado venha a encontrá-lo e defini-lo administrativamente, a esse **ponto de equilíbrio setorial**, no exercício da complexa **função regulatória** que lhe é cometida.

Assim descreve FELICE GIUFFRÈ, lente da Universidade de Catania, o processo em apreço:

¹⁶ “*Cette ‘indépendance’ est plutôt une autonomie...*”, acrescenta G. BRAIBANT, observando, não obstante, que o Conselho Constitucional francês jamais censurou o termo *indépendência* empregado pelo legislador, no que acompanha as conclusões de C. TEITGEN-COLLY in *Les institutions de régulation et la Constitution*, 1990, p. 135 (apud MARIE-JOSÉ GUÉDON, *Les autorités administratives indépendentes*, op. cit., p. 37).

¹⁷ SILVIA A. FREGO LUPI, op. cit., p. 148.

¹⁸ SILVIA A. FREGO LUPI, op. cit., p. 136.

“Preso atto che nell’attuale paradigma delle forme di Stato occidentali i processi di legittimazione del potere si incentrano sempre meno sulle procedure elettorali e sui meccanismi rappresentativi, evolvendo, piuttosto, verso criteri fondati sulla razionalità auto-legitimante della conoscenza specialistica, assumono fondamentale rilievo politico-costituzionale quelle norme della Costituzione che, sancendo la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e della ricerca scientifica e tecnologica (art. 33 Cost.), implicando una regola di astensione dello Stato rispetto al merito dei percorsi culturali individuali, mantenendo in capo all’organizzazione pubblica il solo compito di garantire a ciascuno le condizioni per orientare consapevolmente il proprio sviluppo spirituale.”¹⁹

Destarte, a exigência da **neutralidade política** nasce do rompimento do clássico **continuum político-administrativo**, de modo a distinguir-se, ao menos para certos efeitos, a atividade **política** da atividade **administrativa**,²⁰ aquela, como manifestação de um **poder** do Estado e esta, como manifestação de uma **função** do Estado – pois não há poder sem se expressar em funções, mas uma função não pressupõe poder.

Em conseqüência, a **autonomia orgânica** deve ser considerada como requisito *sine qua non* desses entes, sem o quê perderiam exatamente essa qualificação de “**independentes**” em face das injunções políticas, bem como não gozariam da desejada equidistância dos interesses em conflito que, como se expôs, é absolutamente necessária para o desempenho das funções regulatórias.

Quanto à **independência** – imperativa para que se garanta o exercício **politicamente neutro** exigido pela função de regulação – deve ser entendida como um conteúdo referido a quatro aspectos: a **independência dos gestores**, a **técnica**, a **normativa** e a **gerencial, orçamentária e financeira**.²¹

- a) A **independência política dos gestores**, garantida pela nomeação de agentes administrativos para o exercício de **mandatos a termo**, pro-

¹⁹ O autor, FELICE GIUFFRÈ, da antiqüíssima Universidade siciliana, nessa passagem, rende homenagem à notável antecipação de CARL SCHMITT que, em 1929, apontava este processo como **etapa final do desenvolvimento cultural do ocidente**, em seu trabalho *Neutralização e despolitização*, referido em sua tradução italiana por G. MIGLIO e P. SCHIERA, in *Le categorie del politico*, Bolonha, 1988, p. 167 ss (*Declínio del Parlamento-legislature e crescita del potere d’inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità delle autorità indipendenti?*, in *Le autorità indipendenti*, a cura de SILVANO LABRIOLA, Milão, Giuffrè Editore, 1999, p. 193).

²⁰ Após referirem-se a exemplos da tendência à criação de entes politicamente neutros, para o desempenho de inúmeras atividades outrora inseridas na pirâmide político-burocrática do Estado, G. GI-RAUDI e M. S. RIGHETTINI já vislumbram o caminho para a realização do conceito que denominam de “Estado neutro” (*Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 4).

²¹ SILVIA A. FREGO LUPI, arrola os seguintes índices de independência das agências reguladoras frente ao Governo:

1 – quanto ao **poder de nomeação** e

2 – quanto ao **poder de direção**, esse referente ao profissionalismo dos titulares, às incompatibilidades, aos limites, à renovação e à revogação e à autonomia organizativa, financeira e contábil (*L’Amministrazione Regolatrice*, Turim, Ed. G. Giappichelli, 1999, p. 49).

vendo-lhes estabilidade em seus cargos, necessária para que executem, sem ingerência do Executivo, a política regulatória estabelecida pelo Legislativo para o setor.

- b) A **independência técnica dos gestores**, a ser garantida para que possam desempenhar suas funções com decisões politicamente neutras, com predomínio dos subsídios técnicos e da negociação.
- c) A **independência normativa** que assegura o emprego da **função regulatória**, como principal instrumento de ação setorial.
- d) A **independência gerencial, financeira e orçamentária**, que completa o quadro das garantias de atuação autônoma dessas entidades, para afastar a ingerência da Administração Direta.

Essas aludidas características de **independência** não devem conduzir, todavia, à idéia de que se estaria instituindo uma **nova função política**, ou, quiçá, até mesmo, um “novo Poder orgânico” do Estado. Muito pelo contrário: o que se evidencia é que se está diante apenas de uma **nova função administrativa e típica de Estado** – um modelo de atividade administrativa já latente na Constituição de 1988, como, de resto, em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito, que prestigiam, não importa se explicitamente ou não, os princípios da **eficiência**, da **impressoalidade** e da **participação** na Administração Pública.

Desse requisito derivam-se os demais, referidos às **funções** a serem por elas exercidas, que, como se expôs, são de variada natureza, nelas incluindo as atividades clássicas: a normativa, a executiva e a judicativa, que *mutatis mutandis* e sob as limitações e controles constitucionais, deverão ser exercidas pelas agências e no seu estrito âmbito administrativo.

REQUISITOS FUNCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO

Os **agentes da regulação** – tanto os **dirigentes**, que tenham competências **decisórias**, quanto os demais, que exerçam funções **preparatórias**, de **apoio** e de **execução** das decisões – **todos necessitam gozar das condições de imparcialidade, de isenção e de segurança pessoal** para o desempenho de suas respectivas **funções regulatórias**.

É que a **autonomia orgânica** da entidade não passaria de uma balela se não se complementasse com a **autonomia funcional** de seus **agentes** em nível de ação, ou seja – é imprescindível que lhes seja conferida a sustentação jurídica das condições previstas em lei para o desempenho das variadas funções que instruem a decisão regulatória, bem como as que a implementam no plano dos fatos, **pois todas elas são efetivamente aplicativas do poder coercitivo do Estado nos respectivos setores sensíveis de atuação de cada agência**.

INAFSTABILIDADE DO REGIME ESTATUTÁRIO E DA INVESTIDURA EM CARÁTER EFETIVO COMO GARANTIA TANTO DOS EXERCENTES COMO DOS DESTINATÁRIOS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA REGULATÓRIA

Ora, no tríptico regime de prestação de serviços de pessoas físicas ao Estado, conforme se examinou, apenas o **regime estatutário** é o que atende com acerto e plenitude ao desiderato de outorgar suficiente **garantia funcional aos agentes administrativos** para o desempenho das funções regulatórias. Em outros termos, é o necessário **caráter efetivo** de suas investidas que atribui esta indispensável segurança funcional.

Assim, **na doutrina**, neste sentido, vale destacar a maneira incisiva com que CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO expõe o tema:

*“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”.*²² (n/grifo)

Igualmente, **na jurisprudência** relevam decisões que apontam e corroboram essa peculiaridade constitucionalmente sinalizada (art. 247, CF). Tomem-se como exemplos os seguintes julgados da Suprema Corte.

Na ADI 890/DF, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, reconheceu-se, diante de **contratação em regime temporário**, de que existem atividades de Estado que são (sic) “*permanentes ou previsíveis*” e que existem, portanto, (sic) “*Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público*”, constituindo-se esse escapismo à exigência constitucional em (sic) “*Afronta ao art. 37, II da Constituição*” (destaques selecionados da Ementa: Publicação DJ 06-02-2004 EMENT VOL- 02138-01 PP 00034). Observe-se, ainda, que na referida Ementa o Relator se refere à existência de uma (sic) “*cláusula aberta capaz de sugerir a permissão de renovações indefinidas – o que é exatamente o caso do § 6º do art. 30 da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004*”.

Também na ADI 2310/DF, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, encontra-se também sublinhada de modo irretrucável a **natureza estatal das funções regulatórias**, em razão da qual tornam-se indispensáveis as garantias estatutárias:

“Atente-se para a espécie, está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios, e isso pressupõe a ocupação de cargos públicos, a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Aliás o art. 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária ado-

²² CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 12. ed. São Paulo, Malheiros, p. 260.

ção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a fiscalização o é.”²³

Mas não apenas por esse motivo – da necessária **garantia pessoal dos exercentes de funções típicas de Estado** – se revela necessário revestir-se a investidura dos agentes de regulação das garantias constitucionais estatutárias, em que se incluem a **efetividade** e a **decorrente estabilidade**, pois a ela acresce um **outro motivo** – que é de ordem pública e da maior importância cidadã – que vem a ser a **garantia dos destinatários das atividades de regulação**.

Com efeito, como **implícita decorrência dos princípios de impessoalidade, moralidade e eficiência** – informadores de **todas** as atividades administrativas, o que inclui as atividades regulatórias – que a Administração **garanta também aos administrados que tais funções serão exercidas apenas por agentes capazes de sustentar aqueles princípios com independência e altivez**. Em outros termos, o que se tem é o estabelecimento constitucional de **um direito difuso da cidadania ao correto provimento de pessoal em funções regulatórias**, já que tão de cerca a atuação de seus agentes toca as esferas jurídicas de liberdade e patrimonial dos administrados.

INCOMPATIBILIDADE DE QUALQUER MODALIDADE DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA COM A SATISFAÇÃO DESSA DUPLA GARANTIA

A *contrario sensu*, com exclusão daquele que se proceda sob o regime estatutário forçoso é reconhecer que **nenhum outro modo de provimento satisfaz esse duplo requisito**: o de garantir, simultaneamente, tanto a pessoa do **agente** da regulação como a pessoa do **administrado** como destinatário da regulação, em qualquer situação jurídica em que este se encontre na relação pluricêntrica que se estabeleça.

Ora, se essa garantia não se processou como deveria, não qualquer razão para manter-se intacta e indefinidamente **essa irregularidade causada pela mera desídia da Administração Federal em prover adequadamente de pessoal as novas Agências criadas**. É o que enfaticamente verberou o eminente Procurador-Geral da República ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, ao oficiar na ADI 3.678 em 20 de fevereiro de 2006.

Com efeito, depois de referir-se às Leis de criação das Agências Reguladoras, bem como do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o eminente Chefe do *Parquet* federal conclui:

“as leis que as criaram já traziam em seu texto a autorização para a realização da contratação temporária do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas

²³ Despacho do dia 19 de dezembro de 2000. DJ 1º/2/2001, p. 5.

atribuições institucionais, pelo prazo máximo de 36 meses” (mencionando em corroboração um extenso elenco de leis de criação de Agências editadas entre 1996 e 2001) (fls. 2) (n/grifo).

E observa, em consequência:

“No caso da contratação temporária de ‘pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competência institucionais’, constata-se tanto no que pertine às Agências Reguladoras, quanto ao CADE, a persistência na sua prorrogação, o que revela uma completa descaracterização da temporariedade exigida pela norma constitucional e da própria excepcionalidade dos serviços ora considerados urgentes” (fls. 7) (n/grifo).

E coroa, por derradeiro, o ilustre Chefe do Ministério Público Federal, o denso Ofício, citando apropriadamente e em abono o magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS, para pôr em evidência essa grave **omissão administrativa** – obviamente resultante de **falta de planejamento** ou de sua **má execução**:

“Seria importante também que a futura lei também deixasse certo que esta situação de excepcionalidade resulta de circunstâncias imprevisíveis pela Administração. Em outras palavras, é necessário que não tenha ele mesmo, pela sua inércia, dado azo ao surgimento, por exemplo de uma hipótese de urgência.” [...] “A urgência só se verifica em decorrência da omissão administrativa que, ao não alimentar a carreira com agentes em número suficiente acaba por gerar, num dado momento, uma situação de permanente necessidade de admissão de pessoal. Mas aqui a culpa é obviamente da própria Administração. Hipóteses que tais não deverão, em nosso entender, ser contempladas como ensejadoras da contratação com fundamento nesse inciso” (in *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 3, t. III. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 99) (fls. 7).

5 O concurso público como requisito constitucional de investidura efetiva de servidor público

VINCULAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CONCURSO PÚBLICO

Uma vez que o **concurso público** é condição **constitucional** para o provimento em cargos públicos, exatamente nela se encontra a **vinculação desse certame seletivo de pessoal às decorrentes garantias estatutárias**, entre as quais, com destaque, a da **efetividade** da investidura e da **estabilidade** no serviço público.

Definida esta vinculação no art. 37, II, da Constituição, dele se retiram os princípios inafastáveis:

- (1) a **publicidade** (concurso público);
- (2) a realização de competição em **provas** ou em **provas e em títulos**; e
- (3) a **adequabilidade substantiva** das exigências formuladas pela Administração à natureza e complexidade do cargo (ou do emprego, no caso de provimento celetista).

Nada mais, portanto, que a observância dessas **três condicionantes**, será necessário para que a lei atribua a cada concurso a forma que considerar compatível com a finalidade da investidura (Art. 37, II, *sic*:... “na forma prevista em lei”).

A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA QUANTO À FORMA CONCURSAL

Do exposto deflui que o legislador ordinário dos três níveis federativos goza de ampla **discricionariedade legislativa** para, dentro dessa trindade de **parâmetros principiológicos traçados pelo legislador constitucional**, criar todos os procedimentos e todos os condicionamentos legais que lhe parecerem adequados à realização dos seus respectivos concursos públicos, até mesmo (e por que não?) variando a **nomenclatura** que se lhes possa designar.

Sob outro ângulo, quaisquer variações procedimentais, inclusive essa, de nomenclatura, não poderão ser invocadas como **descaracterização** da figura constitucional do concurso público, desde que presentes as **três condições vinculadas**: publicidade, certame de provas ou de provas e títulos e adequabilidade substantiva.

EFETIVIDADE, ESTABILIDADE E NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA DISPENSAS DISCRICIONÁRIAS

Está pacificado em doutrina há mais de uma década que a **efetividade** é uma característica do provimento, em função da natureza das **funções** cometidas, ao passo que a **estabilidade** é direito pessoal, adquirido ordinariamente por quem haja sido nomeado em caráter efetivo (e, extraordinariamente, por outorga constitucional).²⁴

É bem verdade que a Emenda nº 19 como que “flexibilizou” a **estabilidade** em caso de existir um excesso de servidores, causador de comprometimento orçamentário além do limite estabelecido em lei complementar (atualmente a Lei nº 96, de 31 de maio de 1999), devendo embora ser sempre observadas certas condições, entre as quais o pagamento de uma indenização proporcional ao tempo de serviço – o que reforça esse caráter de **excepcionalidade**, uma vez que o **princípio geral da estabilidade** ficou preservado.

²⁴ Cf. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed. São Paulo, RT, 1990, p. 82.

Por outro lado, como se observa, a vinculação da **estabilidade** à existência de um **cargo** é desnecessária, pois o que importa, em termos de **interesse público**, é que o **servidor que desempenhe funções de Estado esteja garantido no serviço público** contra dispensas politicamente motivadas e administrativamente desmotivadas.

É ainda ADILSON ABREU DALLARI que expõe neste sentido:

“se a estabilidade não está necessariamente ligada a um determinado cargo, está sim, vinculada a um conjunto de atribuições. Esta circunstância é muito bem ressaltada por Celso Bastos, que se refere a um conteúdo mínimo, uma expressão, uma dignidade, na hierarquia funcional”²⁵ (n/grifo).

Com efeito, a **função pública**, ou seja, o conjunto de atribuições cometidas a um servidor, *“pode ser exercida sem revestida da conotação de cargo”*, como observa com precisão ODETE MEDAUAR.²⁶ É, portanto, a **qualidade da função estatal cometida ao servidor** o elemento determinante da **estabilidade**, o que lhe proporcionará as **condições jurídicas pessoais** de independência funcional para atuar a coberto de pressões e ameaças de dispensa.

Por outro lado, essa **dispensa** tampouco poderá ser **arbitrária**, mesmo antes de adquirida a estabilidade e até no caso de servidores **contratados**, seja pelo regime trabalhista comum, seja pelo regime administrativo especial, pois, ainda que se cogitasse apenas da investidura contratual, sobre a qual tem insistido a Administração Federal, **ainda assim não poderia dispensá-los desmotivadamente** em havendo prestado **concurso público** para ingresso no serviço público.²⁷

Colha-se, a propósito, a límpida lição de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO:

“A dispensa não se pode verificar desmotivadamente se tiver havido concurso público. É preciso ter fundamento jurídico, pouco o importa que os empregados possam não ser estáveis. Estáveis ou não, mas se prestarem concurso público, têm o direito de não ser despedidos aleatoriamente, portanto, exceto quando haja razão suficiente.”²⁸

Mas o certo é que uma **dispensa** desses servidores, na avaliação da *Exposição de Motivos* de que resultou na edição da Medida Provisória nº 269, de 15 de dezembro de 2005, e como deflui do seu próprio teor, **é uma alternativa de ação que, reconhecidamente conforme reiteradas manifestações oficiais da própria direção política do País, desatende aos interesses funcionais das próprias**

²⁵ ADILSON ABREU DALLARI, op. cit., p. 83.

²⁶ ODETE MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, 7. ed. São Paulo, RT, 2003, p. 287.

²⁷ Neste sentido – da necessidade de motivação para a dispensa de concursados – a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST-RR- 45241/92.9 – Ac. 5ª T. – 3.458/93 – 3ª Reg. Rel. Min. Antonio Amaral, DJU, 17.12.93, p. 282-10).

²⁸ LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 551.

agências reguladoras, plenamente conscientes que estão tanto os seus **dirigentes**, como vários outros agentes hierarquizados do Governo, das razões de que implicitamente dão conta as **Exposições de Motivos** encaminhadoras dos **Projetos de Medidas Provisórias de prorrogação dos contratos**: de que nem a canhestra solução jurídica originalmente adotada para provê-las de recursos humanos, nem, tampouco, as suas posteriores emendas, lograram essa dupla e necessária satisfação – da **ordem jurídica** e dos **interesses públicos**.

6 Ante a definição do *deficit* constitucional da investidura de servidores *provisórios* das agências, a conseqüente necessidade da sua declaração e correção judiciais

A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS INVESTIDURAS DOS SERVIDORES *PROVISÓRIOS*

Torna-se fácil e, mais do que isto, evidente, que, dada a **aplicação incorreta** dos institutos à sua disposição para **prover as funções de Estado de regulação** – pois que deveriam ser todas atribuídas a **cargos públicos** – a **Administração Federal vem, desde logo, descumprindo formalmente a Constituição**.

Mas, **ao exorbitar na forma**, deixou evidente essa agravante subjacente – **que é a de violá-la substantivamente** pela prática de desvio de finalidade pela **Administração Federal**, o que fica indiciado de vários modos:

- a) ao dar execução **improvisada** à implantação de **autarquias especiais** no serviço público federal destinadas a exercer funções regulatórias **sem a observância do devido processo da lei, que vem a ser o adequado planejamento determinado no art. 174, caput, da Constituição**, no caso, quanto ao provimento de recursos humanos;
- b) ao recusar validade aos **concursos públicos** – **que foram pela própria Administração exigidos e aplicados** – **prestados para o provimento dos servidores *provisórios***, embora com a satisfação incontestes dos requisitos formais e materiais do art. 37, II, da Constituição;
- c) ao desconhecer o **direito difuso** constitucionalmente protegido da **cidadania** à satisfação das condições jurídicas de **independência** dos agentes no exercício da função administrativa regulatória;
- d) ao violar o **direito subjetivo** individual de assento constitucional dos servidores à declaração da **efetividade** de suas respectivas investiduras; e
- e) ao ignorar o **direito subjetivo** individual de assento constitucional dos servidores à **estabilidade** em seu *status* funcional, assegurada pela prestação do concurso e, que mais não fosse, como mera decorrência do princípio da segurança jurídica (art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A IMPRESCINDIBILIDADE DA CORREÇÃO SANATÓRIA POR VIA JUDICIAL E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como obviamente não se pode imputar aos servidores *provisórios* responsabilidade alguma por qualquer das reiteradas decisões errôneas tomadas pela Administração – que ainda insiste em mantê-las indefinidamente à margem da legalidade e do bom senso – a **correção pendente dessas situações irregulares tampouco se lhes poderá prejudicar**, sem que a elas se acresça uma outra e clamante violação constitucional – agora, do princípio da **segurança jurídica**, de que são lícitos beneficiários esses *provisórios*.

Com efeito, jurisprudência pátria recente da Suprema Corte, no quarto Agravo Regimental sucessivo interposto no Recurso Extraordinário 348.364 -1 RJ, em que foi Relator o Ministro EROS GRAU, reitera importante decisão aplicativa do **princípio da segurança jurídica**, na qual se transcreve, como fundamentação doutrinal, a elucidativa passagem de estudo do Professor MIGUEL REALE sobre a revisão dos atos administrativos:

“Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária” (Acórdão, de 14 de dezembro de 2004).

Por outro lado, a Administração Federal tanto pode como deveria, já **de há muito**, ter-se valido do prescritivo da legislação expressamente previsto para pôr cobro a essa esdrúxula situação – que é a **solução corretiva** clarissimamente definida no art. 55, da própria Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ao dispor que:

“Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Não tendo sido, porém, os **defeitos de investidura**, corrigidos pela própria Administração, como o deveriam, e para que não persistam eles à margem da ordem jurídica, **continuando a causar irreparáveis danos aos direitos individuais e difusos envolvidos**, só resta aos prejudicados demandarem ao **Judiciário** para que os **declare** e, por se tratarem exclusivamente, **defeitos de direito**, que concomitantemente **os emende**, desde logo, mandatoriamente.

Em outros termos: como esses servidores mantidos como *provisórios* não tiveram administrativamente reconhecida a sua **estabilidade** pelo decurso do tempo em funções de Estado – o que vale dizer que se manteve, assim, a situação precária e irregular de seu vínculo com o Estado porque a Administração não se lhes re-

conheceu a **efetividade** de sua investidura – a **correção devida** passa a depender da postulação do direito subjetivo de cada um ao devido reconhecimento, por via declaratória-sanatória judicial.

7 Conclusão e considerações finais

Tanto visando à proteção dos servidores públicos como a dos administrados, o constituinte procurou **adequar cada um dos três regimes instituídos a necessidades públicas distintas**, daí as diferentes características das investiduras, de modo a que guardem estreita relação com a própria **natureza jurídica** das funções a serem exercidas, com seus respectivos consectários em termos de direitos e prerrogativas.

Ora, a **natureza jurídica** da atividade-fim da **regulação** é a disciplina administrativa de **setores críticos** econômicos e sociais, de modo a obter pelo exercício da novel atividade regulatória um equilíbrio ponderado entre os interesses protegidos neles convergentes, sejam públicos, sejam privados, dentro dos marcos regulatórios legais traçados para cada um desses setores. Essa função regulatória é **híbrida**, pois compreende a **imposição de normas administrativas**, de **decisões administrativas** e de **composições administrativas para seus conflitos**. Como se observa, trata-se, todas essas, inequivocamente, de típicas **funções impositivas de Estado**, pois para o desempenho de cada uma delas lhes é inerente o poder decisório estatal.

Assim, as **investiduras de servidores que não se processarem na forma constitucionalmente adequada** à natureza das **funções de Estado** devem ser **corrigidas**, pois esse desvio mais se agrava em se mantendo indefinidamente **os agentes irregularmente admitidos nessa situação precária – despidos das garantias necessariamente devidas para o desempenho das funções cometidas**, notadamente a da **estabilidade**.

Não obstante, **uma vez corrigidos**, administrativa ou judicialmente, esse desavisado emprego pela Administração Federal de **formas de investidura constitucionalmente inadequadas**, a **sanatória aplicada não poderá nem, de um lado, prejudicar a essência da garantia constitucional da estabilidade, que é imanente à função de Estado efetivamente exercida há mais de três anos, nem, tampouco, de outro lado, ignorar a boa-fé dos servidores provisórios e a segurança jurídica em sua situação**.

Conforme o exposto, essas **garantias estatutárias** conferidas aos exercentes de funções regulatórias são instituídas **não apenas para assegurar-lhes direitos pessoais, mas, igualmente, para assegurar aos administrados a existência das condições constitucionais de impessoalidade, moralidade e eficiência** necessárias para o exercício das funções de Estado que são cometidas àqueles agentes.

Portanto, assoma como a solução jurídica mais adequada a que **promova a correção judicial** das investidas dos servidores *provisórios*, **sanando-lhes as irregularidades** de assento constitucional e legal perpetradas, declarando-se o necessário caráter de **efetividade** e, em decorrência, reconhecendo-se a aquisição da **estabilidade**, ainda porque foram satisfeitos os três requisitos constitucionais do art. 37, II, da Constituição, aos quais se acrescenta o **desempenho dessas funções de Estado por mais de três anos**, não havendo como negar aos prejudicados os decorrentes efeitos constitucionais da sanatória, ou sejam: o reconhecimento da **investidura efetiva** e a conseqüente declaração da aquisição da **estabilidade no serviço público**.

EM QUE SE INVOCA A PRUDENTE LINHA APONTADA PELA JURISPRUDÊNCIA COM VISTAS AO APERFEIÇOAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por mais de uma vez a Justiça brasileira tem sido e será confrontada com exemplos dessa conduta irresponsável da Administração – que se abalança a criar entidades para exercer funções estatais da mais alta relevância para o País sem o adequado planejamento.

Essa conduta se reitera, notadamente, quanto ao provimento de recursos humanos e, de afogadilho, em vez de criar cargos estatutários e de provê-los como tal, preferem usar formas de admissão contratuais, perenizando-as, como desviados instrumentos de manobra política.

E, por isso, por mais de uma vez, os pretórios nacionais têm reagido contra essa forma espúria de administrar os interesses públicos, que fere não apenas os **direitos individuais dos servidores**, assim inadequadamente providos, como e quiçá mais gravemente, os **direitos difusos dos administrados** a uma boa **administração pública**, ou seja, aquela que se processe consoante os sadios **princípios constitucionais** que a devem conduzir.

Assim é que, de lista de julgados, que já refrearam essa **prática inconseqüente da Administração Federal**, que tanto desarticula e debilita agora o setor de pessoal das agências reguladoras, já foram aqui destacadas por sua clareza e precisão, importantes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, e não menos importante, será sempre bom lembrar que uma hipotética prevalência do **princípio de legalidade**, tomada esta em seu sentido estrito, sobre o **princípio da confiança**, como fundamento da segurança jurídica, só poderá ocorrer quando excluída comprovadamente sua presumida boa-fé.